This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

**Usage guidelines**

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

**About Google Book Search**

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

**Über dieses Buch**

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

**Nutzungsrichtlinien**

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

**Über Google Buchsuche**

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 056 918 956

HARVARD LAW LIBRARY

FROM THE LIBRARY

OF

HEINRICH LAMMASCH

Received May 25, 1922.

Germany

# Die Rechtswidrigkeit.

## Eine Untersuchung zu den allgemeinen Lehren des Strafrechtes

von

Freiherrn Alexander Hold (v.) Ferneck
Doctor der Rechte.

Erster Band.

Der Begriff der Rechtswidrigkeit.

Verlag von Gustav Fischer in Jena.
1903.

Forti
726A

Alle Rechte vorbehalten.

MAY 25 1922

# Der Begriff der Rechtswidrigkeit.

# Vorwort.

Es gereicht dem Verfasser zu hoher Genugthuung, den Herren Prof. Dantscher v. Kollesberg, Lammasch und von Schwind, die die Güte hatten, seine wissenschaftlichen Bestrebungen in mannigfacher Hinsicht zu fördern, seinen ergebensten Dank zu erstatten; desgleichen fühlt er sich den Herren Prof. v. Liszt, Gierke, von Lilienthal und Jellinek, die dem Autor während der Zeit seiner Studien an den Universitäten in Berlin und Heidelberg ihr gütiges Interesse zuwandten, aufs tiefste verpflichtet. Herr Geheimrath von Liszt hatte auch die besondere Liebenswürdigkeit, dem Verfasser die Aushängebogen der 12. Auflage des „Lehrbuches" zur Verfügung zu stellen.

Der kundige Leser wird es dem Autor nicht verübeln, dass er, um seine Auffassungen sicherzustellen und ihnen durch das an Controversen so reiche Gebiet einen Weg zu bahnen, vielfach den Ton der Polemik anschlug; es bedarf wohl kaum der Versicherung, dass er über dem Kampfe nie vergass, wie viel der Belehrung und Anregung er den Schriftstellern verdankt, gegen die er sich vom sachlichen Standpunkte wenden zu müssen glaubte.

Wien, im December 1902.

# Inhaltsverzeichnis.


Seite

Einleitung . . . . . 1

I. ABSCHNITT.

## Der Begriff des Rechtes.

A. Das Recht — ein System von Beziehungen.

§ 1. Die Reductionsmethode . . . . . 11
§ 2. Die Trennungsmethode . . . . . 20
§ 3. Die Einschränkung des Rechtsbegriffes . . . . . 25
§ 4. Der Zweck des Rechtes . . . . . 30
§ 5. Der Interessenschutz . . . . . 33
§ 6. Die ethischen Mächte . . . . . 37
§ 7. Die Stellung des Rechtes zum Problem der Willensfreiheit . 51
§ 8. Der Begriff der Pflicht . . . . . 73

B. Das Recht — ein Complex von Imperativen.

§ 9. Objectives und subjectives Recht . . . . . 98
§ 10. Die Einwendungen gegen die Imperativentheorie . . . . . 104
§ 11. Das subjective Recht . . . . . 116
§ 12. Critik und Fortsetzung . . . . . 132
§ 13. Die Sanction . . . . . 164
§ 14. Die Normentheorie . . . . . 179
§ 15. Die Selbstbindungstheorie . . . . . 186
§ 16. Die Normen . . . . . 198

C. Das Recht — ein Inbegriff hypothetischer Urtheile.

§ 17. . . . . 202

II. ABSCHNITT.

## Der Begriff der Rechtswidrigkeit.

§ 18. Die Tendenz zu objectivieren . . . . . 209
§ 19. Das dingliche Recht . . . . . 220
§ 20. Die juristische Person . . . . . 244
§ 21. Der Begriff der Rechtswidrigkeit . . . . . 276

III. ABSCHNITT.

## Der Begriff der objectiven Rechtswidrigkeit.

A. Der Begriff der Erlaubnis.

§ 22. Die Tendenz zu objectivieren und zu generalisieren . . . . 281
§ 23. Die Verwechslung von Recht und Dürfen . . . . . 301
§ 24. Die Vermengung von Recht und Moral . . . . . 304

Seite

B. Die Vergleichung der Rechtstheile und der Gesetze.

§ 25. Allgemeines . . . . . 323
§ 26. Die secundäre Natur des Strafgesetzes . . . . . 333
§ 27. Recht gegen Recht . . . . . 335
§ 28. Handlung und Ersatzpflicht . . . . . 339

C. Die Adresse der Normen.

§ 29. . . . . 355
§ 30. . . . . 363

D. Die Vermengung der formellen und inhaltlichen Seite des Rechts.

§ 31. Form und Inhalt . . . . . 370
§ 32. Das objective Recht . . . . . 373
§ 33. Das subjective Recht . . . . . 381

Anhang . . . . . 399

# Titel-Verzeichnis

## der mehrfach citierten Bücher, Gesetze und Zeitschriften.


Abegg, Untersuchungen aus dem Gebiete der Strafrechtswissenschaft, Breslau 1830.

—, Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft, 1836.

Adickes, Ethische Prinzipienlehre, Zeitschrift für Philosophie und philosophische Kritik, 116. Band, S. 161—255.

v. Alberti, Das Nothwehrrecht, Stuttgart 1901.

O. Bähr, Der Rechtsstaat, 1864.

v. Bar, Handbuch des deutschen Strafrechts.

—, Geschichte des deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien, 1882.

Bekker, Theorie des heutigen deutschen Strafrechts, 1859.

Beling, Grundzüge des Strafrechts zum Gebrauch bei Vorlesungen, Jena 1899.

Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, I. Band, 1892.

Bernatzik, Kritische Studien über den Begriff der juristischen Person und über die juristische Persönlichkeit der Behörden insbesondere (Arch. für öffentliches Recht, 5. Bd., 1889).

Berner, De impunitate propter summam necessitatem proposita, Berlin 1861.

—, Lehrbuch des deutschen Strafrechtes, 18. Aufl., 1898.

Bierling, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, Gotha 1877.

—, Juristische Prinzipienlehre, 1894.

Binding, Handbuch, I. Bd., 1885.

—, Die Normen und ihre Uebertretung, I. Bd., 2. Aufl., 1890, II. Bd., 1. Aufl., 1877.

—, Grundriss des gemeinen deutschen Strafrechts, 5. Aufl., 1897.

Birkmeyer, Encyklopädie der Rechtswissenschaft, 1901.

Brodmann, Vom Stoffe des Rechtes und seiner Struktur, Berlin 1897.

v. Calker, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen insbesondere nach Militärstrafrecht, 1891.

Dahn, Die Vernunft im Recht, Berlin 1879.

—, Ueber den Begriff des Rechts (Rectoratsrede), Leipzig 1895.

D.B.G.B. = Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich.

v. Degenkolb, Der specifische Inhalt des Schadenersatzes (Archiv f. civilistische Praxis, 76. Band, 1890).

Graf zu Dohna, Die Stellung der Busse im reichsrechtlichen System des Immaterialgüterschutzes, Berliner Diss. 1902 (abgedruckt als No. 4 der „Abhandlungen des kriminalistischen Seminars", Berlin, Guttentag).

Duncker, Die Besitzklage und der Besitz, 1884.

Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 11. Aufl., Giessen 1832.

Finger, Der objective Thatbestand als Strafzumessungsgrund, Wien 1888 (S. A. aus der Allg. österr. Gerichtszeitung).

Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 2. Aufl., 1901.

Frenzel, Recht und Rechtssätze, Eine Untersuchung über den Rechtsbegriff der positiven Rechtswissenschaft, Leipzig 1892.

Gareis, Encyklopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Giessen 1900.

Geib, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 2. Bd., 1862.

H. Gerland, Die verschiedenen Formen der Strafverfolgung, insbesondere in der deutschen Strafprocessordnung, G.S. 57. Bd.

Geyer, Die Lehre von der Nothwehr, Jena 1857.

—, Geschichte und System der Rechtsphilosophie, Innsbruck 1863.

—, Grundriss zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht, 1. Hälfte, München 1884.

—, Kleinere Schriften strafrechtlichen Inhaltes, herausg. von Heinrich Harburger, München 1889.

Gierke, Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffs, Berlin 1873.

—, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887.

—, Deutsches Privatrecht (in Bindings Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft), 1895.

Glaser, Kleine Schriften über Strafrecht und Strafprocess, 2. Aufl., 1883.

— Zurechnungsfähigkeit, Willensfreiheit, Gewissen und Strafe, 1887.

Göring, Ueber die menschliche Freiheit und Zurechnungsfähigkeit, Leipzig 1876.

Grueber, Einführuug in die Rechtswissenschaft (in Birkmeyer's Encyklopädie der Rechtswissenschaft), Berlin 1901.

Grünhut = Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart.

G.S. = Gerichtssaal.

Gutberlet, Ethik und Naturrecht, Münster 1883.

Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht, 1881.

Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Berlin 1821.

Heimberger, Strafrecht und Medicin, 1899.

Herbart, Naturrecht und Moral, 1836.

—, Schriften zur praktischen Philosophie (W. W. herausg. von Hartenstein, 8. Band).

Hertz, Das Unrecht und die allgemeinen Lehren des Strafrechts, 1. Bd., Hamburg 1880.

Heyssler, Das Civilunrecht und seine Folgen, Wien 1870.

Hölder, Ueber objectives und subjectives Recht, Leipzig 1893.

Höpfner, Einheit und Mehrheit der Verbrechen, 1. Bd., Berlin 1901.

Holtzendorff = v. Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafrechts in Einzelbeiträgen, 1871—1877.

Hrehorowicz, Grundbegriffe des Strafrechts, 2. Aufl., Dorpat 1882.

Janka, Der strafrechtliche Nothstand, Erlangen 1878.

—, Das österreichische Strafrecht (herausg. von Rulf), 3. Aufl., 1894.

Jellinek, Die socialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, 1878.

—, Die rechtliche Natur der Staatenverträge, Wien 1880.

—, System der subjectiven öffentlichen Rechte, Freiburg i. Br. 1892.

—, Das Recht des modernen Staates, I. Bd. (Allg. Staatslehre).

v. Jhering, Der Zweck im Recht, I. Bd., 2. Aufl., 1877, II. Bd., 1. Aufl.

—, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 4. Aufl.

—, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht (Verm. Schriften 1879).

v. Joch, Belohnung und Strafe nach türkischen Gesetzen, 2. Aufl., 1772.
Jodl, Geschichte der Ethik in der neueren Philosophie, 1889.
Jung, Delikt und Schadensverursachung; Ein Beitrag zur Lehre vom ausserkontraktlichen Schadensersatz, Heidelberg 1897.
v. Kallina, Notwehr gegenüber Amtshandlungen, 1898.
Kant, Kritik der reinen Vernunft (Reclam).
—, Kritik der praktischen Vernunft (Rosenkranz, VIII. Th).
—, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre (Rosenkranz, IX. Th.)
—, Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre (Rosenkranz, IX. Th.).
Kessler, Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung, 1884.
Kierulff, Theorie des allgemeinen Civilrechtes, 1839.
Kistiakowski, Gesellschaft und Einzelwesen, Berlin 1899.
Klein, Grundsätze des peinlichen Rechts, 2. Aufl.
Klöppel, Staat und Gesellschaft, 1887.
Kohler, Der Prozess als Rechtsverhältnis, Mannheim 1888.
—, Einführung in die Rechtswissenschaft.
Kohlrausch, Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht, 1903 (im Erscheinen begriffen).
K.V.S. = Kritische Vierteljahrsschrift.
Lammasch, Das Moment objectiver Gefährlichkeit im Begriffe des Verbrechensversuches, Wien 1879.
—, Grundriss des Strafrechts, 1899.
Lenel, Ueber Ursprung und Wirkung der Exceptionen, 1876.
Liepmann, Einleitung in das Strafrecht, Berlin 1900.
v. Lilienthal, Die pflichtmässige ärztliche Handlung und das Strafrecht (in den Festgaben für E. J. Bekker), 1899.
Linckelmann, Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das deutsche Reich, Berlin 1898.
v. Liszt, Die Deliktsobligationen im System des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1898.
—, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 12. Aufl.
Löffler, Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend historischer und dogmatischer Darstellung, I. Bd., Leipzig 1895.
E. Löning, Die Haftung des Staats aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten (Festschrift 1879).
R. Löning, Grundriss, 1885.
Mataja, Das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkt der Nationalökonomie, 1888.
Maudsley, Die Physiologie und Pathologie der Seele, 2. Aufl. (bearb. v. Boehm), Würzburg 1870.
M. E. Mayer, Die schuldhafte Handlung und ihre Arten im Strafrecht, 1901.
A. Menger, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen (S.A. aus dem Archiv für soziale Gesetzg. u. Statistik, 1890).
A. Merkel, Kriminalistische Abhandlungen (1867).
—, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1889.
—, Elemente der allgemeinen Rechtslehre in v. Holtzendorff's Encyklopädie der Rechtswissenschaft, 5. Aufl., Leipzig 1890.
—, Vergeltungsidee und Zweckgedanke, Strassburg 1892.
—, Gesammelte Abhandlungen (1899).
—, Juristische Encyklopädie, 2. Aufl., 1900.
R. Merkel, Die Kollision rechtmässiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmässigen Handlungen, 1895.
H. Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 5. Aufl., 1895.

Neuner, Wesen und Art der Privatrechtsverhältnisse, Kiel 1866.
Nietzsche, Menschliches, Allzumenschliches, 4. Aufl.
Ö.B.G.B. = österr. bürgerl. Gesetzbuch.
Ö.St.G.B. = österr. Strafgesetzbuch.
Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 6. Aufl.
Oppenheim, Die Objecte des Verbrechens, Basel 1894.
Paulsen, System der Ethik, 5. Aufl., Berlin 1900.
Pernice, M. A. Labeo, Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit, 2. Aufl., Halle 1895.
Pfaff, Randa, Strohal, Drei Gutachten über die beantragte Revision des 30. Hauptstückes im II. Theile des A.B.G.B., Wien 1880.
R.St.G.B. = Strafgesetzbuch für das deutsche Reich.
G. Rümelin, Methodisches über juristische Personen (Freiburger Programm, 1891).
M. Rümelin, Die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs zur objectiven Schadensersatzpflicht, 1896.
Schläger, Die Rechtswidrigkeit des Angriffs bei der Notwehr, 1897.
Schlossmann, Der Vertrag, Leipzig 1876.
R. Schmidt, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes für verletzende Eingriffe, Jena 1900.
Schmoller = Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft.
—, Grundriss der Allgemeinen Volkswirtschaftslehre, 1. Bd., 1900.
Schollmeyer, Das Recht der Notwehr nach B.G.B., 1899.
Schopenhauer, Ueber die vierfache Wurzel des Satzes vom zureichenden Grunde.
—, Die Freiheit des Willens.
—, Die Grundlage der Moral.
—, Die Welt als Wille und Vorstellung, I. u. II. Bd. (sämmtlich nach Reclam citiert).
Schuppe, Der Begriff des subjectiven Rechts, Breslau 1887.
Schw. Z. = Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht.
Seeger, Abhandlungen aus dem Strafrechte, 1858.
Sigwart, Kleine Schriften, 2. Reihe, Freiburg 1889.
—, Logik, 2. Aufl., I. Bd. 1889, II. Bd. 1893.
Simmel, Einleitung in die Moralwissenschaft, 1892.
Sjögren, Zur Lehre von dem Formen des Unrechts u. s. f. (Iher. Jhrb., 35. Bd.)
Stammler, Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Nothstandes, Erlangen 1878.
—, Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung, 1896.
Steinbach, Die Rechtsgrundsätze betreffend den Ersatz von Vermögensschäden, Juristische Blätter, 1888.
Stooss, Chirurgische Operationen und ärztliche Behandlung, Berlin 1898.
Stübel, Ueber den Thatbestand der Verbrechen etc., Wittenberg 1805.
Thoel, Einleitung in das deutsche Privatrecht, Göttingen 1851.
Thomsen, Kriminalpolitische Bekämpfungsmethoden, Berlin 1893.
Thon, Rechtsnorm und subjectives Recht, Weimar 1878.
Thyrén, Abhandlungen aus dem Strafrechte und der Rechtsphilosophie.
Titze, Die Notstandsrechte im deutschen bgl. Recht u. s. f., 1897.
Tobler, Die Grenzgebiete zwischen Notstand und Notwehr, Zürich 1894.
Träger, Wille, Determinismus, Strafe, 1895.
v. Tuhr, Der Nothstand im Civilrecht, Heidelberg 1888.

Unger, Handeln auf eigene Gefahr, 2. Aufl., Jena 1893.
—, Handeln auf fremde Gefahr (Jahrb. für Dogm., 33. Bd., N. F., 21. Bd., 1894).
Wach, Grundriss zu Vorlesungen über deutsches Strafrecht.
Wahlberg, Das Princip der Individualisirung in der Strafrechtspflege, Wien 1869.
—, Gesammelte Kleinere Schriften.
Windelband, Präludien, Freiburg und Tübingen 1884.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl., bearb. von Kipp, 1900.
Z = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.
Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, eine psychologisch-juristische Untersuchung, 1879.
—, Die Möglichkeit eines Weltrechts, Wien 1888.

## Berichtigungen während des Druckes.

S. 45, Z. 4 von unten lies zu den Mächten statt: den Mächten.
S. 47, Z. 16 „ „ „ fasst statt: asst.
S. 48, Z. 12 „ oben „ Rechtsforschung statt: Rechtsbetrachtung.
S. 50, Z. 8 „ unten „ zu gute zu kommen statt: zu gute kommen.
S. 64, Z. 18f. „ „ „ das All zu statt: zu das All.
S. 73, Z. 5 „ „ „ behalten statt: erhalten.
S. 77, Z. 13 „ „ „ von mechanischem statt: mechanischem.
S. 82, Z. 15f. „ „ „ Pflichterfüllung statt: Pflichterfülleung.
S. 83, Z. 1 „ oben „ Individuum statt: Individnum.
S. 91, Z. 12 „ „ „ als statt: des.
S. 97, Z. 11 „ „ „ weiters statt: weiteres.
S. 102, Z. 17 „ unten „ Entwicklung statt: Eutwicklung.
S. 104, Z. 12 „ „ „ die statt: dies.
S. 105, Z. 16 „ „ „ Lehren statt: Sätze.
S. 114, Z. 10 „ „ „ lehnt sich statt: lehn ich.
S. 120, Z. 14 „ „ „ um statt: nm.
S. 167, Z. 2 „ oben „ Fonds statt: Fond.
S. 199, Z. 11 „ „ „ Damit tritt statt: Damitt ritt.
S. 210, Z. 11 „ „ „ aussen statt: ausen.
S. 227, Z. 7 „ unten „ kann statt: müsse.
S. 234, Z. 20 „ oben „ dass statt: das.
S. 242, Seitenzahl „ 242 statt: 141.
S. 252, Z. 7 von unten „ keine statt: ja keine.
S. 303, Z. 9f. „ „ „ diesen „Angriff“ statt: dieses Gebahren.
S. 305, Z. 16 „ „ „ 242 statt: 142.
S. 313, Z. 20 „ „ „ Anschauung statt: Auffassung.
S. 341, Z. 2 „ „ „ Schadens statt: Schade.
S. 364, Z. 2 „ „ „ Ergehen statt: Ergeben.
S. 391, Z. 13 „ oben „ Verschulden ein statt: Verschulden.
S. 391, Z. 18 „ „ „ schuldhafte statt: schuldhaften.
S. 391, Z. 19 „ „ „ rechtswidrige statt: rechtwidrigen.
S. 395, Z. 8 „ unten „ Verletzung statt: Tödtung.
S. 400, Z. 5 „ „ „ Abth. statt: Abh. —

# Einleitung.

Die Lehre von dem Begriff der Rechtswidrigkeit (der Rechtsverletzung, des Unrechtes) ist heute an einem todten Punkt angelangt. Die Gegensätze stehen einander schroffer gegenüber denn je. Manche Schriftsteller, wie Merkel, verwerfen den Begriff der objectiven Rechtswidrigkeit principiell, andere, wie neuestens Löffler, construieren ihn in weitestem Umfang. Zwischen den extremen Richtungen bewegen sich Lehren von den verschiedensten Schattierungen. Und zu dem Widerstreit der Meinungen gesellt sich ein Schwanken in der Terminologie, das eine Hoffnung auf Versöhnung der Gegner ausschliesst — keine Verständigung ohne Verstehen!

Wie gross die Verwirrung ist, die gerade in der strafrechtlichen Literatur hinsichtlich des Begriffes herrscht, mögen einzelne Beispiele darthun. Sie werden erkennen lassen, dass Lehren verkündet werden, die auch oberflächlicher Betrachtung höchst bedenklich erscheinen müssen.

Ein Schriftsteller behauptet, dass nicht jedes Verbrechen ein Unrecht sei. Es soll also auch rechtmässige Verbrechen geben?

Eine einfache Erwägung, der gleichsam a priori beizupflichten ist, lehrt, dass es unmöglich sei, dass Jemand etwa ein Recht darauf hat, dass ihm ein Anderer eine Sache übergebe, wenn dieser Andere zur selben Zeit das Recht hat, die Sache zu behalten. Und was immer als der Gegenstand eines Rechtes in Betracht kommt, niemals können einander direct widersprechende Rechte gegenüberstehen. Dessenungeachtet wird die Ansicht vertreten, zwei solche Rechte könnten einander correspondieren, und das sei „kein Widerspruch".

Es wird ferner behauptet, dass es Verbrechen gebe, die keinerlei Interessen verletzen oder gefährden, ja sogar Verbrechen, die den Zwecken der Rechtsordnung dienen. Sofort erhebt sich die Frage, wieso und zu welchem Zwecke der Gesetzgeber derart nützliche Handlungen verbieten könne?

Vollends muss die häufig vertretene Auffassung befremden, dass die pflichtmässigen Handlungen der Aerzte, der Soldaten u. a. „eigentlich", „an sich" rechtswidrig seien und nur aus gewissen Gründen entschuldigt und mit Strafe verschont würden. Mit Recht wiesen die Aerzte solche Lehre als geradezu kränkend zurück. Und sind derartige Behauptungen nicht geeignet, die Rechtswissenschaft bei vorurtheilslos Denkenden geradezu zu compromittieren?

Man begegnet auch der Ansicht, dass auf Vornahme mancher Handlungen, wie etwa im Zustande der Nothwehr, in Fällen des Nothstandes, ein „Recht" gegeben sei, und dass überdies ein „Straf-" oder „Schuldausschliessungsgrund" vorliege. Es ist zu fragen; Wozu bedarf Derjenige, der ein Recht ausübt oder eine Pflicht erfüllt, erst eines besonderen Grundes, um nicht „schuldig" zu sein, um nicht bestraft zu werden? Ist denn der Fall denkbar, dass die Rechtsordnung Jemandem ausdrücklich ein Recht zubilligt, um die Ausübung des Rechtes zu strafen, oder eine Pflicht auferlegt, die eigentlich nicht erfüllt werden darf? Man berufe sich nicht auf das Chicaneverbot oder auf den Paragraphen, der die Rechtsübung verbietet, wenn sie den guten Sitten widerstreitet. Sein Leben aus der Gefahr zu retten, den Patienten zu curieren, die Amtspflicht zu erfüllen kann weder chicanös, noch unsittlich im Sinne des Gesetzes sein.

Man bezeichnet die staatliche Strafe, die Befugnis zur Nothwehr, die pflichtmässige Handlung des Arztes u. s. f. als „Rechtsgüterverletzung" und lehrt dabei vielfach, dass Rechtsgut „das rechtlich geschützte Interesse" sei. Worin liegt nun der rechtliche Schutz, wenn der Verbrecher, der rechtswidrig Angreifende, der Patient verletzt werden dürfen, ohne dass eine Reaction gegen den Verletzer eintritt? Worin besteht denn das Recht oder Rechtsgut, das verletzt werden darf?

Alle Schriftsteller des Strafrechtes definieren das Verbrechen formal als eine „strafbedrohte" Handlung. Trotzdem wird häufig gelehrt, gewisse Handlungen, wie etwa die Rettung eines Gefährdeten mittelst Verletzung Dritter, seien „straflose" (gemeint ist: nicht bedrohte) Verbrechen: eine contradictio in adiecto.

Nicht alle diese Lehren — es könnte den Beispielen noch eine erkleckliche Anzahl hinzugefügt werden — sind bisher unwidersprochen geblieben; einige derselben sind aber heute geradezu herrschende Ansicht.

Wenn es auch gewiss ist, dass man die Wichtigkeit rechtstheoretischer Ausführungen nicht allzuhoch einschätzen soll, muss man doch einräumen, dass es sich in der Lehre von der Rechts-

widrigkeit nicht gerade ausschliesslich um Schulfragen handelt. Der Streit um das „Nothrecht", die Forderung nach einer gesetzlichen Festlegung der „Rechte und Pflichten" der Aerzte gehören zu den actuellen Fragen der heutigen Gesetzgebung. Und wie die häufige Anwendung der Worte: rechtswidrig, widerrechtlich, unbefugt gerade in den neuesten Codificationen und Entwürfen, z. B. dem norwegischen Str. G. E. zeigt, ist die Frage auch von einiger Bedeutung für die Gesetzestechnik.

Eine einheitliche, umfassende Bearbeitung der Materie, die heute weit über den Rahmen des Strafrechtes hinausreicht, liegt nicht vor. Seit den Zeiten Feuerbachs wurde über die Rechtswidrigkeit in disparaten Gebieten debattiert. Die Erörterung der Fragen, ob jedes Verbrechen einem subjectiven Rechte zuwiderlaufe, ob zum Dolus das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit erforderlich sei, und ob Nothwehr nur gegen Zurechnungsfähige statthabe, gab reichlich Gelegenheit, über den Begriff zu sprechen. Es kam aber erst verhältnismässig spät zum Bewusstsein, dass die Erledigung dieser Probleme die Feststellung des Begriffes, mit dem sie operieren, voraussetzt. Nur allzulange stand man, besonders was die Lehre von der Nothwehr und dem Nothstande betrifft, im Banne der Philosophie; die wenigen Worte, die Kant und Hegel über das Thema fallen gelassen hatten, galten Jahrzehnte als unerschütterliche Dogmen, und wenn man in der Geschichte forschte, galt es zumeist zu erweisen, dass die Ansichten der Quellen mit denen der Philosophen übereinstimmen. Erst seitdem die Rechtsphilosophie dem Speculieren entsagt und sich in die „allgemeine Rechtswissenschaft" verwandelt hat — ein Process, der allerdings auch heute noch nicht ganz abgeschlossen ist —, entfaltete sich eine wahrhaft wissenschaftliche Literatur über die Materie, reich an Umfang und Inhalt.

Nunmehr ist aber die Behandlung der Frage besonders schwierig geworden. Bereits die strafrechtlichen Erörterungen hierüber liegen in einer grossen Anzahl von Schriften zerstreut, die die verschiedensten Probleme behandeln: das Verbrechen als Rechtsverletzung, das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit als Annex oder Bestandtheil der Schuld, die Rechtswidrigkeit als Merkmal des Thatbestandes, Nothwehr und Nothstand, die Einwilligung des Verletzten, die rechtliche Natur der ärztlichen Berufshandlungen, Perforation und Vivisection und die übrigen s. g. Fälle der ausgeschlossenen Rechtswidrigkeit. Hieran reihen sich die principiellen Erörterungen über den Begriff „Rechtsgut" und über die Abgrenzung des civilen vom criminellen Unrecht.

Gerade in den letzten Jahrzehnten bemächtigten sich auch die anderen Rechtsgebiete in weiterem Umfang des Begriffes der Rechtswidrigkeit. Die Civilisten reclamieren die Nothstandsmaterie für ihren Forschungsbereich; die moderne Association der Capitalien und die Errichtung von Grossbetrieben setzt die Fragen nach dem Begriff der juristischen Person und der Möglichkeit rechtswidriger Bethätigung solcher Gebilde, wie das Problem, ob die Rechtswidrigkeit Voraussetzung der Schadenshaftung sein soll, auf die Tagesordnung. Die Criminalisten selbst, die eine tiefere Erforschung des Unrechtsbegriffes anstreben, schreiten unter v. Liszt's Führerschaft über die Grenzen ihrer Disciplin hinaus zum „einheitlichen Delictsthatbestand".

Sollen alle diese Fragen mit Erfolg behandelt, ja nur ein gedeihliches Zusammenarbeiten der verschiedenen Disciplinen möglich werden, so muss vorerst der Begriff der Rechtswidrigkeit feststehen; denn den meisten der Fragen präjudiciert er unmittelbar.

Nun aber beginnen erst die Schwierigkeiten.

Es ist offenbar, dass ein Urtheil darüber, was rechtswidrig, „wider das Recht" ist, erst abgegeben werden kann, wenn man weiss, was „Recht" ist. Damit steht die Erörterung vor dem Rechtsbegriffe. Es ist unmöglich, sich der Vorfrage zu entschlagen, will man eine principielle Entscheidung herbeiführen.

Die Erkenntnis, dass die Beantwortung dieser Frage unerlässlich ist, dürfte wohl der Grund dafür sein, dass der Begriff der Rechtswidrigkeit eine specielle, umfassende Bearbeitung bisher nicht gefunden hat. Betreffs seiner obschwebt offenbar ein negativer Competenzconflict. Die Criminalisten schieben die Frage — zum Theil mit Recht — der allgemeinen Rechtslehre zu; diese hingegen überlässt seine Behandlung der Strafrechtswissenschaft, die, wie es den Anschein haben könnte, als das specifische „System des Unrechts" an der Frage in erster Linie interessiert ist. Es ist gewiss begreiflich, dass sich die Schriftsteller des Strafrechtes scheuen, in Monographieen über Détailfragen und in knappgehaltenen Grundrissen den dornenvollen Umweg über den Rechtsbegriff einzuschlagen. Dagegen ist es als sachlich vielleicht nicht ganz gerechtfertigte Einschränkung zu bezeichnen, wenn die Systeme des Strafrechtes, die Lehr- und Handbücher, die alle einschlägigen Probleme abhandeln, den Begriff der Rechtswidrigkeit handhaben, als sei er kurzer Hand hinzustellen. Gewiss sind die Begriffe Verbrechen und Strafe Grundbegriffe des Strafrechtes; sie sind aber nur die specifischen Grundbegriffe des Kriminalrechtes, mit denen sich

die anderen Rechtsdisciplinen gar nicht oder nur nebenher befassen. Ihnen selbst aber liegt, wie die Bezeichnung des Verbrechens als einer „rechtswidrigen Handlung" und der Strafe als „Rechtsstrafe" ergibt, der Begriff des Rechtes als logisches Prius zu Grunde: „Der Rechtsbegriff bleibt der Kulminationsbegriff aller juristischen Begriffe, Urteile und Systeme, der Kapitalbegriff der Jurisprudenz im allerweitesten Sinne des Wortes." (Bergbohm, Jur. und Rechtsph I, 72).

Selbstverständlich erfordert das Problem der Rechtswidrigkeit nicht, dass der Begriff des Rechtes nach allen Seiten hin discutiert und erschöpfend dargelegt werde. So bedarf es z. B. der Erörterung der Frage nach der inhaltlichen Abgrenzung des Rechtes von den übrigen ethischen Mächten durchaus nicht. Damit die Einschränkung jedoch richtig vorgenommen werde, ist eine sachlich begründete Methode einzuschlagen, die ihrer selbst bewusst und stets darauf bedacht ist, von welchen Erkenntnissen sie ausgeht, und welchem Ziele sie zustrebt.

Dass das rein inductive Verfahren den Begriff des Rechtes nicht ergeben kann, weil der Suchende den Begriff bereits voraussetzt und ohne solche Voraussetzung gar nicht wüsste, von welchen Erscheinungen er auszugehen habe, haben Bergbohm, Jur. 179 f. und Stammler, Wirtschaft 12 betont. (Vergl. auch Sigwart, Logik II, 232 ff.) Die Gefahr unzulässiger Verallgemeinerung wird durch die Ausdehnung der Betrachtung nur gemindert, nicht behoben. (Gierke, Körperschaftsbegr. 2). Dass auch die historisch-ontogenetische und die rechtsvergleichende Forschung mit der blossen Induction ihr Auslangen nicht finde, ist die Ueberzeugung bedeutender Vertreter der Rechtsgeschichte. Hatte schon Savigny (Beruf 30) den Satz ausgesprochen, von dem die constructive Rechtstheorie ausgehen muss: dass das Recht das Leben der Menschen selbst ist, nur von einer bestimmten Seite betrachtet, so zimmerte sich Ihering mit eigener Hand ein gewaltiges philosophisches Gebäude, und wendet sich Gierke mit Entschiedenheit gegen die Abweisung der Philosophie. (Schmoller, VII 1119).

Mächtige Förderung verdankt die Rechtswissenschaft der phylogenetischen Betrachtung, die als wesentlich reconstruierende Methode eines deductiven Principes gar nicht entbehren kann. Diese Betrachtung schliesst aber mit Nothwendigkeit auch die „sociologische", d. h. nicht antijuristische, sondern socialphilosophische Betrachtung ein, da die Phylogenese des Rechtes ohne ein Ueber-

greifen in die Gebiete der anderen socialpsychischen Mächte nicht behandelt werden kann. Die Begriffe der Norm und der Pflicht sind nicht unmittelbar für das Recht, sondern für die socialethischen Mächte schlechthin festzustellen. Sobald sich die Forschung versagt, ihr deductives Princip aus der Speculation zu gewinnen, reduciert sich die Methode in letzter Linie auf empirische Anschauung, und die Deduction findet ihren Anhaltspunkt im Grunde in der Sprache. (Sigwart, Logik II 235). Eine nur flüchtige Betrachtung lehrt, dass z. B. die Worte Pflicht, Recht, Unrecht in der Umgangssprache durchaus nicht in ihrer specifisch-juristischen Bedeutung gebraucht werden, dass vielmehr, entsprechend der gemeinsamen Genese und Function der socialethischen Mächte, die rechtlichen mit den moralischen und religiösen Vorstellungen im Bewusstsein der Menschen verschmolzen sind. So sehr die Wissenschaft diese gegenseitige Durchdringung im Auge zu behalten hat, so wichtig ist es für sie, die Gebiete zum Zwecke des Erkennens formell scharf zu scheiden.

Ihre Ergänzung findet die Deduction in der Vertiefung der empirischen zur erkenntniscritischen Betrachtung. Nicht die nebeneinanderbestehenden Rechtssysteme und ihre geschichtliche Entwicklung allein sind zu prüfen, nicht die Zusammenstellung aller Vorschriften, die gelten und jemals gegolten haben, sollten sie auch sämmtlich feststellbar sein, kann den Grund liefern, auf dem eine von allen positiven Rechtsordnungen abstrahierende formale Begriffsbestimmung gegeben werden könnte. An die Seite der empirisch-historischen Betrachtung, welche ergibt, was ist und was war, und an die Seite der deductiven Methode, die vorwiegend die psychologische Seite des Problems klarlegt, indem sie die Fragen behandelt, was ist die Norm?, die Pflicht?, tritt das logisch-erkenntniscritische Verfahren, das die formale Structur der Erscheinungen erkunden will, die man sich im naiven Denken als selbständige Gebilde vorstellt, indem man ihnen einen Platz im Raume, ausserhalb der Menschen und der Dinge, anweist.

Das Gebiet der Vorfragen erweitert sich dadurch, dass diejenigen psychologischen und erkenntniscritischen Probleme behandelt werden müssen, auf denen das deductive Verfahren fusst. Die Feststellung der Begriffe Norm und Pflicht fordert unabweisbar die Beantwortung der Frage nach der Genese des menschlichen Willensactes. Es ist eine beklagenswerte Erscheinung, dass zahlreiche Schriftsteller des Strafrechtes, unter ihnen besonders diejenigen, die ihr Interesse vornehmlich der Criminalpolitik zuwenden, das Prob-

lem der Willensfreiheit als eine müssige, rein akademische Frage beiseite schieben, indem sie ganz übersehen, dass sie in ihren Ausführungen stets, wenigstens implicite, zu dem Problem in ganz bestimmter Weise Stellung nehmen und nehmen müssen.

Drängen sich solchermaassen in die Behandlung speciell juristischer Probleme Fragen aus den verschiedensten Wissensgebieten, deren Bewältigung grosse Schwierigkeiten darbietet, so scheint es von einer anderen Seite her geboten, die Discussion wesentlich einzuschränken.

Die Feststellung des Begriffes der Rechtsnorm enthält nothwendig die Entscheidung über die vielbehandelte Controverse, ob dem Rechte „Zwangsnatur" zukomme. Um diesem Problem nachzugehen, ist es unerlässlich, die Frage zu stellen, in welchem Rahmen der Rechtsbegriff fixiert werden soll. Die oft gehörte Einwendung dem Rechte sei der Zwang nicht wesentlich, weil man sich vorstellen könne, dass die Rechtsvorschriften dereinst von Allen würden freiwillig befolgt werden, enthält die Forderung, den Rechtsbegriff für alle Zeiten festzustellen. Diese Forderung kann als begründet nicht angesehen werden, da es auf Grund der heute zu Gebote stehenden Erkenntnisse nicht möglich ist, anzugeben, ob ein solcher Zustand in ferner Zukunft eintreten werde. Solch problematischen Zustand „Recht" zu nennen, ist eine Erschleichung. Es ist nicht zulässig, Unbekanntes mit dem Namen von Gekanntem zu belegen. Zudem müsste ein Rechtsbegriff, der solche Ausdehnung erhielte, dass er auf alle möglichen Zustände der Vergangenheit und Zukunft zuträfe, so vag und inhaltslos sein, dass ihm ein heuristischer Wert gar nicht zukommen könnte. Freilich hängt die Bestimmung, in welche Grenzen der Rechtsbegriff gebannt werden soll, von der Art des Problems ab, das behandelt wird; eine einheitliche Entscheidung ist daher nicht möglich. In engeren Grenzen muss Derjenige arbeiten, der den Begriff der Rechtswidrigkeit feststellen will; denn für ihn ist ein Rechtsbegriff unbrauchbar, der auch für Culturphasen zurechtgeschnitten ist, in denen eine rechtswidrige Bethätigung als unmöglich supponiert wird. Mit einem weiteren Begriff wird vielleicht der Völkerrechtslehrer operieren. Es scheint aber auf jeden Fall zu weit gegangen, wenn man, wie manche Schriftsteller, in dem Ehrgeiz befangen, das Völkerrecht durchaus als Recht in demselben Sinne darzustellen, wie das innerhalb des Staates geltende, schliesslich von einem „anarchischen Recht" spricht, wobei im Rechtsbegriffe das Merkmal Recht verloren geht.

Die Signatur der Untersuchung ist also zunächst: Weit ausholende Erörterung von den verschiedensten Seiten her, dagegen engste Umgrenzung des gesuchten Begriffes des Rechtes, von dem die specielle Untersuchung des Begriffes der Rechtswidrigkeit ausgehen soll. Der nächste positive Zweck der Schrift ist, aus dem Begriffe des Rechtes nachzuweisen, dass es nur die sg. subjective Rechtswidrigkeit gibt. Daran reiht sich der critische Teil, der negativ, durch Widerlegung, erweisen soll, dass es eine objective Rechtswidrigkeit nicht gibt. Um den wichtigsten logischen Fehler aufzuzeigen, der der Annahme der objectiven Rechtswidrigkeit in fast allen ihren Nuancen zu Grunde liegt, schien es erforderlich, die Untersuchung auf zwei Begriffe auszudehnen, deren Behandlung vielfach denselben Fehler aufweist: es sind die Begriffe des dinglichen Rechtes und der juristischen Person. Freilich kann es sich hierbei nicht um eine erschöpfende Darstellung handeln, sondern lediglich um eine Besprechung zu Zwecken der Illustration des im Mittelpunkte der Erörterung stehenden strafrechtlichen Problems. Die drei Probleme der objectiven Rechtswidrigkeit, des dinglichen Rechtes und der juristischen Person gehören nicht nur deshalb zusammen, weil alle drei Begriffe zunächst in gleicher Weise mit einem wichtigen erkenntniscritischen Grundsatz der Rechtslehre in Conflict zu gerathen scheinen, sondern erfordern eine Behandlung im Bereiche der strafrechtlichen Probleme der Rechtswidrigkeit selbst. Die Frage nach dem Begriff des dinglichen Rechtes wird in der Lehre vom Nothrechte acut, das sich ja nach den Bestimmungen des neuen deutschen B. G. B. als das Recht der Einwirkung auf fremdes Eigenthum darstellt. Die Frage nach dem Begriff der juristischen Person erhebt sich bei dem seit Gierke vielbesprochenen Problem, ob die juristische Person delinquieren könne.

Der enge Zusammenhang, in dem die verschiedenen juristischen Disciplinen stehen, macht es unmöglich, mit einem Begriff das Auslangen zu finden, der für ein einziges Gebiet des Rechtes, z. B. das Strafrecht ausgeklügelt wäre. Die allgemeine Rechtslehre ist deshalb ein so gefährliches Gebiet, weil man leicht übersieht, sich die Schwierigkeiten zum Bewusstsein zu bringen, mit denen sie zu kämpfen hat; und sie ist deshalb so schwierig, weil „das Recht“ nicht ein einfaches, mittels eines deductiv gewonnenen Princips zu erfassendes Gebilde, sondern ein Conglomerat, ein aus den heterogensten Erscheinungen zusammengesetzter Complex ist, wie ihn nur die Vielgestaltigkeit eines mehrtausendjährigen Lebens der verschiedensten Völker hervorbringen konnte.

Ist die „Trennungsmethode“ dazu bestimmt, die beiden Seiten des Rechtes, die variable und die constante, zu sondern, damit aus dem Rechte aller specifische Inhalt, den Raum und Zeit darein ergossen haben, herausgesetzt, und die durchgängige „Einheit des Rechtssystems“ (Gerland) erkannt und gewahrt werde, so soll die auf der erkenntniscritischen Betrachtung der Structur des Rechtes beruhende „Reductionsmethode“ den unverrückbaren Standpunkt gewähren, von dem eindringende — vorerst vielleicht scheinbar zersetzende — Analyse zu den letzten, einfachsten Rechtselementen niedersteigt. Denn nur solcherart kann das Material bestimmt werden, aus dem die Rechtsinstitute aufzubauen, der Grundton festgestellt werden, auf den alle Begriffe gestimmt sind. Der Atomisierung, die die Analyse mit sich bringt, folgt das synthetische Verfahren, das die logische Form ergibt, in der sich die Elemente zu dem auf den ersten Blick anscheinend Unzerlegbaren zusammenschliessen.

Dass sich die Forschung hierbei weder einer „realistischen“, noch einer „idealistischen“ Anschauungsweise hingeben darf, sondern einer Denkweise anhangen muss, die dem Wesen der Wissenschaft und der Natur der betrachteten Erscheinungen selbst gerecht wird, ist ein Postulat, das leichter aufzustellen und anzuerkennen, als zu befolgen ist. Wer aber erkannt hat, welch schädlichen Zwiespalt unversöhnliche Denkweisen in der Rechtswissenschaft säen — man denke nur an den Streit um die organologische Auffassung und um die Willensfreiheit —, wird sich gerne der Selbstverleugnung und Unerschrockenheit befleissen, die heute, zumal im Strafrechte, mehr als je geübt werden müssen, sollen an die Stelle subjectiver Meinungen allgemeingiltige Erkenntnisse treten.

Der Verfasser hatte ursprünglich geplant, den Begriff der Rechtswidrigkeit, der sich ihm ergeben, auf die Probleme des Strafrechtes, die mit ihm operieren, anzuwenden. Erst in seiner Verwendung könnte sich ja die Fruchtbarkeit des Resultates erweisen. Nur mit Zagen und einzig aus dem Grunde, weil die Durchführung seines Planes angesichts der Fülle des Stoffes in allernächster Zeit nicht möglich schien, konnte sich der Verfasser entschliessen, die Behandlung der einzelnen Lehren einem zweiten Bande vorzubehalten. Nicht gerade zwingend erscheint ihm die in der Literatur vorgebrachte Einwendung gegen die Abweisung des bekämpften Begriffes, es sei die „objective Rechtswidrigkeit“ ein „absolut unentbehrlicher Begriff“. Sollte in der That ein unrichtiger Begriff — wenn er als solcher erwiesen — für die Wissenschaft „unentbehrlich“ sein? Sollte man nicht vielmehr annehmen, dass es höchst

gefährlich sei, ein solches Instrument zu verwenden? — Vollends wird erst die Darstellung im zweiten Bande die Hereinziehung und eingehendere Besprechung mancher Materien im ersten Theile rechtfertigen.

Der 2. Band setzt sich zur Aufgabe, folgende Probleme zu behandeln:

den Begriff Rechtsgut;
das Verbrechen als Rechtsverletzung;
die Delictsfähigkeit der juristischen Person;
Strafe und Schadenersatz;
Nothwehr und Nothstand;
die Einwilligung des Verletzten;
den rechtlichen Character der ärztlichen Handlungen.

# I. ABSCHNITT.

# Der Begriff des Rechtes.

## A. Das Recht — ein System von Beziehungen.

### § 1. Die Reductionsmethode.

§ 1. Die Reductionsmethode

Dass das Recht ein sociales Product ist, d. h. dass es seine Existenz ausschliesslich dem Zusammenleben der Menschen dankt, dass es also nie auf den Plan hätte treten können, hätten die Menschen stets isoliert gelebt, ist heute allgemeine Ueberzeugung.

Drei bedeutsame Lehren liegen in dieser Erkenntnis beschlossen:

1. Als ein sociales Product, das aus der Gattung, bezw. Gruppe hervorgegangen ist und seine Wirksamkeit auf das Zusammenleben erstreckt, kann das Recht nur insoferne angesehen werden, als es nicht etwas bloss Gedachtes darstellt, sondern nur, soferne ihm eine Realität zukommt, sofern es gilt und wirkt, eine ganz bestimmte Function übt; nicht also als eine Summe von Vorschriften, die erst bestimmt sind, sich zu verwirklichen, sondern als eine sich in der That, im Leben der Menschen äussernde Macht. Mit der Erkenntnis ist sonach die Vorstellung überwunden, dass ein System von Normen, die ein Einzelner in der Meinung aufstellt, dass sie sich verwirklichen sollen, „Recht' sei; und ist ferner der Idee entsagt, dass das Recht mit den Vorschriften der positiven Gesetze schlechthin identisch ist. Es ist nicht bloss im Gegensatze zur Annahme, dass ein bloss im Subjecte als Vorstellung gegebenes „Natur-" oder „Vernunft-Recht" Recht sei, hervorzuheben, dass Rechte und Pflichten bloss im Bereiche einer positiven Rechtsordnung gegeben sind, sondern auch darauf Bedacht zu nehmen, dass die Gesetze „Recht" nur insoferne hervorbringen, als sie sich verwirklichen, als die Normen aus der „papiernen Existenz" heraustreten, um sich im menschlichen Leben als eine Macht zu bewähren.

Als eine reale Macht ist das Recht nicht nur insoferne anzusehen, als es überhaupt eine Existenz hat und daher, wie alles

Seiende, einer etwa darauf gerichteten Einwirkung einen Widerstand entgegensetzt. In zweifacher Hinsicht erscheint es vielmehr als eine wirkende Macht:

a) Als eine geistige Function in allen Mitgliedern der Rechtsgemeinschaft schlechthin, deren Quellen constante Willens-, Gefühls- und Urtheilsdispositionen sind, die jeweils im Handelnden als Tendenz, in bestimmter Weise zu handeln, im Kreise der Zuschauer dagegen in der Weise zu Tage treten, dass das Handeln in ihnen eine gleichartige Reaction des Gefühles und des Denkens auslöst die sich ihrerseits in Urtheilen und Handlungen äussert. Man constatiert diesen Complex von Erscheinungen, indem man auf das Bestehen eines allgemeinen „Rechtsgefühles", „Rechtsbewusstseins" hinweist.

b) In noch offenkundigerer Weise bewährt sich das Recht als eine reale Macht, insoferne es als Motiv im engeren Sinne, als Motiv gewisser Handlungen, bezw. Unterlassungen erscheint. Allerdings ist es auch Motiv, wenn es als Rechtsbewusstsein zu Willensbethätigungen determiniert und sich in einer Handlung äussert, deren Vornahme dem allgemeinen Rechtsgefühl entspricht, ohne dass es, damit die Handlung erfolge, eines von aussen kommenden Impulses bedürfte.

Als Motiv im engeren Sinne, d. h. lediglich als Motiv von Bethätigungen — im Gegensatz zu blossen Aeusserungen des Gefühles oder Denkens — erscheint das Recht dann, wenn es gerade Denjenigen zu Handlungen, die dem Rechtsbewusstsein gemäss sind, bestimmt, bei dem im Momente des Handelns die dem allgemeinen Rechtsgefühl entsprechende Disposition nicht gegeben ist oder für sich allein zu wirken nicht vermag.

Erscheint sohin das Recht in seiner ersten Bedeutung als Rechtsbewusstsein als eine rein subjective Macht, so tritt es im zweiten Falle als eine objective Macht auf, indem es an den Einzelnen gleichsam von aussen herantritt und einen Willensact hervorruft, der im Betroffenen ohne solche Einwirkung nicht erfolgen konnte. Als rein subjective Macht, als Rechtsbewusstsein, tritt das Recht im freiwilligen rechtmässigen Handeln zu Tage, als objective Macht dagegen im rechtmässigen Handeln des Widerstrebenden.

Freilich ist das Recht, in anderer Hinsicht betrachtet, stets etwas Subjectives, insofern es nicht eine Grösse ist, die ausserhalb der Menschen und Dinge real gegeben ist, sondern stets nur in den Köpfen der Menschen seinen Sitz hat.

Dass es aber desungeachtet zulässig ist, das Recht einmal als subjective, das anderemal als objective Macht anzusehen, bestätigt

die Einsicht in die sociale Natur des Rechtes. Das Recht ist nur aus dem Zusammenleben der Menschen entstanden, nicht vom isolierten Menschen ausgegangen. Als ein Product des Gemeinlebens ist es massenpsychologischer Natur. Was das Recht hervortrieb, waren die gleichen, bei allen einzelnen Menschen wiederkehrenden Willensdispositionen, die gleiche Denk- und Empfindungs-, die gleiche psychische Reactionsweise. Erst unter dem Schutze des Rechtes und der übrigen socialpsychischen Mächte haben die Differenzierungsprocesse aus den Gattungsangehörigen die Individuen geformt. Wie die übrigen ethischen Mächte, erfasst auch das Recht nicht den isolierten Menschen, den Einzelnen als Individuum, sondern, phylogenetisch betrachtet: den Gattungsangehörigen, — ontogenetisch, als positive Rechtsordnung gedacht: den Rechtsunterworfenen als Gruppenangehörigen nach dem jeweiligen Stande der Cultur.

Die doppelte Stellung des Menschen als Individuum und als Glied der Gesammtheit macht die Unterscheidung in das Recht als subjective und als objective Macht nothwendig.

Als Glied der Gesammtheit ist der Einzelne Theilhaber des Rechtsbewusstseins; in ihm selbst ist das Recht als subjective Macht lebendig. Als Individuum betrachtet jedoch steht er dem Rechte das ja nicht vom Einzelnen, sondern von der Gesammtheit ausgeht, fremd gegenüber. Das Recht tritt ihm sonach als etwas Aussenstehendes, objectiv, entgegen.

Real gegeben — im Sinne einer realen rechtlichen Einheit — sind immer nur die einzelnen Individuen. Der Gruppenangehörige ist nur eine Abstraction, die ausserhalb der subjectiven Welt des Vorstellens nicht existiert. Er stellt nur diejenige Summe von Eigenschaften dar, die bei allen Einzelnen als völlig gleichmässig vorhanden vorausgesetzt werden, indem das Recht einfach generalisiert und präsumiert, wo die Voraussetzung nicht ganz genau zutrifft. Solcherart bewährt sich dann das Recht in allen Fällen, wo sich die Annahme einer thatsächlichen Gleichheit mit dem Durchschnittsmaasse nicht bewahrheitet, als eine objective Macht.

Stellt man den Einzelnen als Glied der Gesammtheit dem Rechte gegenüber, so stellt sich sein rechtmässiges Handeln als Ausfluss seines „freien Willens" dar in dem Sinne, in welchem man im deterministischen Lager heute von „psychologischer Freiheit" zu sprechen pflegt. Stellt man das isolierte Individuum dem Rechte gegenüber, so erscheint sein rechtmässiges Handeln als Product eines Zwanges, den es erleidet, in dem Sinne, wie man von Zwang im Gegensatz zur Nothwendigkeit schlechthin, zur „psychologischen Freiheit", spricht.

Die Erkenntnis jedoch, dass das Rechtsbewusstsein dem Menschen nicht originär angeboren, sondern selbst erst, wie die phylogenetische Betrachtung lehrt, im Laufe der Geschichte entstanden ist, zwingt, den einzelnen Menschen in dreifacher Hinsicht dem Rechte gegenüberzustellen: als Gattungsangehörigen schlechthin, als Gruppenangehörigen, d. h. als Durchschnittsmitglied einer Rechtsgemeinschaft auf einer Culturstufe, also als Träger des Rechtsbewusstseins, endlich als Individuum. (Man gebraucht das Wort Individuum auch zur Bezeichnung der Mitgliedschaft des Einzelnen, z. B. Gerland [Formen der Strafverfolgung, s. 81 ff.]; hier heisst Individuum stets der isolierte Mensch, für sich, als Einzelner betrachtet.)

2. Die phylogenetische Betrachtung, die von dem „Menschen schlechthin", als einem höchstens mit sinnlichen socialen Instincten ausgestattet gedachten Wesen ausgeht, ist deshalb nicht zu vermeiden, weil man, um das Recht zu erklären, nicht von einem Zustande ausgehen darf, der bereits das Product einer durch das Wirken des Rechtes beeinflussten Entwicklung ist, und weil der Begriff des Gattungsangehörigen mit demjenigen des Gruppenangehörigen in Eins fallen würde, wenn man sich lediglich auf das Studium der Ontogenese beschränkte. Weiters gebietet die Erkenntnis, dass in der Welt der Erscheinungen immer nur Individuen gegeben sind — wenn es auch gewiss ist, dass diese Individuen psychisch anders organisiert wären, hätten sie stets isoliert gelebt —, die Begriffe der Norm und der Pflicht nicht erst aus der Betrachtung einer höheren Phase der Entwicklung zu gewinnen zu suchen, auf der bereits eine subjective Anerkennung der Normen und ein Sichverpflichtetfühlen gegeben ist. Denn diese Betrachtung bliebe am Begriffe des Gruppenangehörigen hängen und würde sonach der wichtigen Erkenntnis nicht gerecht, dass nur die Individuen real gegeben sind. (Damit wird nicht, wie etwa Gierke [Privatrecht I, 119, Note 29] besorgen könnte, die Realität der Gemeinschaft geleugnet, sondern lediglich behauptet, dass die Gemeinschaft — vom Standpunkte der Jurisprudenz betrachtet — nicht reale Einheit, sondern Vielheit sei, die gedanklich zur Einheit zusammengefasst wird.)

Der phylogenetischen Erforschung des Rechtes wird sich demgemäss das Recht als subjective Macht erst in seiner wahren Gestalt: als eine subjectivierte objective Macht ergeben.

3. Trotzdem mithin das Recht in letzter Linie stets objective Macht ist, da es auch in seiner subjectiven Bedeutung, als Rechtsbewusstsein, Rechtsgefühl, nicht als originäre subjective Macht, sondern als erst im Laufe der Entwicklung in das Subject verlegte

objective Macht erscheint, ist es, wenn auch, wie betont, in ganz anderer Weise betrachtet, etwas rein Subjectives.

In zweifacher Hinsicht bedarf dieser Satz der Erläuterung:

1. Man muss sich davor bewahren, etwa in der Lehre, dass das Recht nur in den Köpfen der Menschen existiert, ein Bekenntnis zum Standpunkt der idealistischen Philosophie zu erblicken. Wer sich mit dem Rechte beschäftigt, das Recht begrifflich zu erfassen sucht, hat es mit einem von seinem Innenleben unabhängigen, ihm objectiv gegenüberstehenden Complex von realen Thatsachen zu thun. Freilich könnte es einem Forscher, der der idealistischen Weltauffassung zuneigt, sofern er sich nicht der Annahme eines objectlosen Subjectes schuldig macht, nicht verwehrt sein, das Recht, wie überhaupt die ganze empirische Welt, als nur in seiner Vorstellung existierend anzunehmen. Solcher Meinung könnte jedoch eine Bedeutung für die Wissenschaft nicht zukommen, da sie eine rein individuelle, ebenso unbestreitbare als unbeweisbare Ansicht ist, welche die Grenzen des Erkennens überschreitet und nichts erklärt. Das Recht ist, wissenschaftlich genommen, nicht in dem Sinne Bewusstseinsinhalt, wie einem Idealisten sein Bewusstsein „locus mundi" ist, sondern als eine reale Function, als ein Theil des empirischen Processes, der eben nur nicht ausserhalb der Menschen und der Dinge vor sich geht, sondern in den Menschen selbst gegeben ist: mag sich das Recht in einer das Rechtsbewusstsein zum Ausdruck bringenden Handlung äussern oder als streng objective Macht bewähren, die den Widerstrebenden zu rechtmässigem Handeln determiniert.

2. Mit dem Satze soll auch nicht gesagt sein, dass lediglich in den einzelnen Menschen vor sich gehende psychische Processe das Object der Rechtswissenschaft bilden, so dass es die Jurisprudenz mit Functionen zu thun hätte, die nur für den betreffenden Menschen Bedeutung hätten und über die Peripherie seines Körpers hinaus keinerlei Wirkung übten. Im Gegentheil! Wie das Recht aus dem Zusammenleben der Menschen entstanden ist und principiell nicht das isolierte Individuum, sondern den Angehörigen der Gesammtheit erfasst, ist das psychische Leben des Einzelnen für das Recht nur insoferne bedeutungsvoll, als es in eine Bethätigung ausmündet, und als diese Bethätigung die Sphären anderer Menschen tangiert. Gleichwie das Rechtsbewusstsein nicht aus dem isolierten Menschen, sondern aus der wechselseitigen Einwirkung der Menschen aufeinander hervorgegangen ist, so weist auch das Recht als eine objective Macht, als Motiv, nicht auf Denjenigen allein hin, in dem es lebendig ist, sondern es weist auf die Nebenmenschen,

von denen es ursprünglich ausgeht, und zu denen es schliesslich wieder zurückkehrt. Das Recht ist sonach ein System von Beziehungen zwischen Menschen.

Mit dieser Erkenntnis ergibt sich eine Anzahl wichtiger methodologischer Gesichtspunkte:

1. Die Eigenschaft, eine reale Macht im Sinne eines Inbegriffs geistiger Dispositionen zu sein, deren Walten man sich aus dem menschlichen Leben nicht hinwegzudenken vermag, ohne dass sich damit die Vorstellung eines wesentlich anderen empirischen Verlaufes einstellte, theilt das Recht mit den anderen socialethischen Mächten, mit der Religion, der Moral und der Sitte (diese Mächte in dem später noch zu erläuternden Sinne betrachtet). Alle ethischen Mächte kommen darin überein, dass sie in geistigen Functionen bestehen. Ihre gemeinsame Genese und ihr gemeinsames Wirken, wie die Aehnlichkeit ihrer logisch-psychologischen Structur zwingt die Rechtswissenschaft, sich zur „Socialphilosophie" erweiternd, alle ethischen Mächte der Betrachtung zu unterwerfen, das ihnen Gemeinsame gedanklich auszuscheiden und solchermaassen höhere Einheiten zu construieren, auf welche die Rechtsbegriffe zurückgeführt werden können. Zugleich gestattet die Vergleichung, das Recht gegen die anderen Mächte abzugrenzen. Erst die Zurückführung der Grundbegriffe des Rechtes auf höhere Einheiten ermöglicht ein begriffliches Erfassen des Phänomens des Rechtes als einer subjectivierten objectiven Macht und vervollständigt die reconstruierende Geschichte des Rechtes zur phylogenetischen Betrachtung, die nun erst den Anspruch darauf erheben kann, allgemeingiltige Resultate zu liefern. „Erst eine psychologische Geschichte der Menschheit, vor allem eine Geschichte der Entwicklung der Gefühle . . . . würde uns eine richtige Grundlage für alle Staats- und Gesellschaftswissenschaften bieten". (Schmoller, Grundriss I. 22).

2. Die erkenntniscritische Erfassung der ethischen Mächte als geistiger Functionen in den Menschen bewahrt die Rechtswissenschaft davor, das Gebiet der Metaphysik zu betreten. Das Recht führt nicht eine Existenz ausserhalb der Menschen und der Dinge, es ist keine reale Grösse, der ein Platz im Raume zukäme, kein einheitlich umgrenztes „Ding". Gleichwie die Religions- und Moralwissenschaft die Vorstellung eines Gottes oder eines objectiv gegebenen Sittengesetzes als eine transscendente ansieht, zu der die Wissenschaft, die nur mit Mitteln arbeitet, welche allgemeingiltige Erkenntnis verbürgen, überhaupt nicht, weder bejahend, noch verneinend, Stellung nehmen kann, so muss auch die Rechtswissenschaft jedem Einbeziehen metaphysischer Vorstellungen in ihr Gebiet ent-

sagen. Sie hat der Debatte über alle diejenigen Punkte fernzubleiben, die jenseits der Grenzen des Erkennens liegen, (Wundt, Logik 2. Aufl., 2. Abt. 1895, S. 577).

3. In gleicher Weise hat die Rechtswissenschaft zum naiven Denken Stellung zu nehmen. Es ist ein Characteristicon der gewöhnlichen Denkart, in metaphysische Gesichtspunkte auszumünden. Nicht nur Gott und dem Sittengesetze, sondern auch dem Rechte wird transscendente Realität zugeschrieben. Dem landläufigen Denken schwebt die Idee vor, dass das Recht, als objectives gedacht, die Rechtsordnung, über den Menschen throne, dass das Recht, als subjectives gedacht, das man „hat", eine reale Einheit sei, die neben den Menschen und Dingen existiert. Allen derartigen Vorstellungen hat wissenschaftliche Betrachtung zu entsagen. Nicht als wenn sie die Gebilde, von denen man spricht, leugnete und für Fictionen erklärte. Den Rechtsbegriffen entsprechen ganz bestimmte reale Thatbestände, die in der That viel complicierter sind, als das naive Denken vermeint, und die nur behutsame critische Betrachtung ausfindig zu machen vermag.

4. Die Rechtswissenschaft hat endlich auch die Rechtsbegriffe in ihre Elemente zu zerlegen, die sich als complicierte Gedankengebilde erweisen, und die, logisch betrachtet, als Resultate von Synthesen erscheinen, während die gewöhnliche Vorstellungsweise auch hier zu vereinheitlichen und zu verdinglichen bestrebt ist. So ist nicht nur etwa der reale Thatbestand aufzuzeigen, welchen man als gegeben denkt, wenn man sagt: es liege ein dingliches Recht vor, und nicht nur die logisch-psychologische Structur desjenigen realen Bestandes, welcher gegeben ist, wenn man einem Gebilde, das nicht ein einzelner Mensch ist, Rechtssubjectivität zuspricht. Es ist vielmehr noch zu untersuchen, welche juristischen Aussagen vorliegen, wenn man von einem dinglichen Rechte, von einer juristischen Person spricht. Redet man von einem dinglichen Rechte, so tritt die Vorstellung auf, als stehe Jemand in Rechtsbeziehung zu einer Sache. Spricht man von einer juristischen Person, so denkt man an ein Etwas, das in Rechtsbeziehung steht und doch nicht ein einzelner Mensch ist.

Ist das Recht wirklich ein System von Beziehungen zwischen einzelnen Menschen, so muss jeder Rechtsbegriff in letzter Linie auf Beziehungen zwischen einzelnen Menschen zurückgeführt werden können. Die Rechtswissenschaft hat also auch eine Reductionsmethode einzuschlagen. Damit soll durchaus nicht etwa der Begriff des dinglichen Rechtes oder der juristischen Person als ein unrichtiger oder unnöthiger hingestellt, sondern ledig-

lich versucht werden, die Begriffe als complicierte aufzuweisen, die als solche andere Phänomene nicht genau erklären können, sondern selbst erst einer Erklärung bedürfen.

Wenn in der folgenden Darlegung (unten §§ 19, 20) der Versuch gemacht wird, die Begriffe des dinglichen Rechtes und der juristischen Person als complicierte aufzuweisen, in ihre juristischen Elemente zu zerlegen und den Gedankenprocess klarzustellen, der das Complicierte zur Einheit synthetisch zusammenfasst, so wird damit vor Allem der Zweck verfolgt, die Reductionsmethode als fruchtbar zu erweisen. Gerade auf die beiden Begriffe angewandt, soll sie zeigen, dass ihr die Fähigkeit, positiv zu erklären, zukommt. Umgekehrt soll sie, auf den Begriff der objectiven Rechtswidrigkelt angewandt, die negative Erkenntnis herbeiführen, dass es diesen Begriff nicht gibt, nachdem er auf Beziehungen zwischen Menschen nicht reduciert werden kann.

Dass gerade die Begriffe des dinglichen Rechtes und der juristischen Person zur Illustrierung der Methode herangezogen werden, soll nicht bedeuten, dass sie die einzigen complicierten Rechtsbegriffe sind, die einer Zerlegung fähig und bedürftig wären. Sie werden vielmehr deshalb erörtert, weil sie, wie bereits hervorgehoben, für die Lehre von der Rechtswidrigkeit selbst von Bedeutung sind, und weil, wie zu zeigen versucht werden wird, ohne die Zerlegung dieser Begriffe manche Probleme nicht gelöst werden können.

Der Satz: Das Recht besteht in einem System von Beziehungen, enthält folgende Aussagen:

1) Das Urtheil, ein Mensch ist berechtigt oder verpflichtet, bedeutet lediglich, dass ein Mensch zu einem oder mehreren anderen Menschen in einer bestimmten — erst näher zu characterisierenden — Beziehung steht. Das Urtheil schreibt dem Menschen keinerlei Eigenschaft zu, die ihm als solchem, unabhängig von dem Verhältnis zu einem Nebenmenschen zukäme. Die Aussage, eine Handlung sei rechtmässig oder rechtswidrig, bedeutet nicht eine Praedicierung der Handlung als solcher; auch nicht der Handlung lediglich in ihrem Verhältnis zum Handelnden, und nicht lediglich in ihrem Verhältnis zum Betroffenen. In dem Urtheil, eine Handlung ist rechtswidrig, ist eine Beziehung zwischen mindestens zwei Menschen bereits mitgedacht, die die Handlung zu beiden Menschen in ein Verhältnis bringt. Weder als von den beiden in Beziehung stehenden Menschen isoliert gedacht, noch auch nur vom Standpunkt eines der beiden betrachtet, kann eine Handlung rechtswidrig sein. „An sich" rechtmässig, „an sich" rechtswidrig in diesen Bedeutungen

wäre eine contradictio in adiecto. Und wie der Mensch nicht sich selbst gegenüber berechtigt oder verpflichtet sein kann, so kann er auch sich selbst gegenüber nicht rechtswidrig handeln. Mit der Ineinssetzung der beiden Beziehungspunkte würde, da immer nur das Mitglied der Gemeinschaft als solches in Rechtsbeziehung steht, das Moment der Beziehung entfallen.

Logisch ausgedrückt stellt sich das Urtheil: jemand sei berechtigt oder verpflichtet, jemand handle rechtswidrig, nicht als Qualitäts-, sondern als Relationsurtheil dar. Die Qualitätsprädicate heben eine dem Subjecte immanente Eigenschaft hervor, die vom Subjecte nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass damit die Subjectsvorstellung selbst eine Aenderung erlitte. Von ihnen unterscheiden sich die Relationsprädicate dadurch, „dass sie als solche der Subjectsvorstellung äusserlich bleiben und in keine innere Einheit mit derselben gesetzt werden können." „Damit eine bestimmte Relation von einem Ding in ebenso unmittelbarer Weise wie ein Benennungsurtheil ausgesprochen werden könne, ist eine complexe Anschauung vorausgesetzt, in welcher zwei unterscheidbare Dinge in bestimmtem Verhältnisse zu einander gegeben sind". (Sigwart, Logik I, 66; vgl. auch Herbart, Prakt. Phil. 72, der mit dieser Unterscheidung sehr zutreffend die „angeborenen Rechte" bekämpft).

Die grosse Bedeutung dieser logischen Unterscheidung für die Rechtswissenschaft hat Lammasch (Grünhut, 9. Band, S. 244) hervorgehoben. Nur wenige Schriftsteller jedoch (z. B. Jellinek, System 24, Staatslehre I 150) suchen sie fruchtbringend zu verwerten. Gerade die Strafrechtsliteratur verwendet den Begriff der „an sich rechtswidrigen" Handlung in überreichem Maasse.

2. Soll das Recht nur in Beziehungen zwischen einzelnen Menschen bestehen — denn nur in den einzelnen Menschen gehen psychische Processe vor sich —, so können Rechtssubjecte nicht sein:

a) den Menschen übergeordnete Wesen, als Gott, Engel, Heilige.

b) Thiere, wie etwa Schopenhauer verlangt; freilich liesse sich denken, dass die Interessen von Thieren rechtlich geschützt seien. Würde man jedoch die Thiere als Rechtssubjecte bezeichnen, so käme man mit dem Satze in Conflict, dass das Recht nur als positives, geltendes Recht existiert. Wo die heutigen Rechtsordnungen (und nur diese kommen, wie später auseinanderzusetzen ist, in Betracht) Interessen von Thieren zu schützen scheinen, gilt der Schutz in

Wahrheit den Interessen der Menschen an dem Wohlergehen der Thiere.

c) Auch zwischen Personen und Sachen bestehen nicht Rechtsbeziehungen, wie neuerdings Kohler, Einführung 12 f. lehrt. Es gibt nur rechtsrelevante Beziehungen zu Sachen, die dann eben Objecte von Beziehungen zwischen Menschen sind. Die dinglichen und überhaupt die s. g. absoluten Rechte müssen erst in Beziehungen zwischen Menschen aufgelöst werden.

d) Sofern Gebilde, die nicht einzelne Menschen sind, als Subjecte von Rechtsbeziehungen erscheinen, also juristische Personen, liegt für die Rechtswissenschaft ein compliciertes Phänomen vor, das dadurch erklärt wird, dass man es als eine gedankliche Zusammenfassung von vielen Rechtsbeziehungen zwischen einzelnen Menschen darstellt, d. h. genau angibt, welcher Art diese Beziehungen sind, und welche einzelnen Menschen in Beziehung stehen, endlich welche Gedankenprocesse der Vereinheitlichung zu Grunde liegen. Es wird später versucht werden, einige Anhaltspunkte zu gewinnen, von denen, wie es scheint, die Analyse ausgehen kann.

## § 2. Die Trennungsmethode.

§ 2. Die Trennungsmethode

Man hat sich seit Stammler gewöhnt, das Recht schlechthin als „Form" zu bezeichnen: Das Recht ist die Form, die Wirtschaft der Stoff des Lebens (Wirtschaft 203). Es befremdet sonach im ersten Augenblick, wenn man dem Recht, das nur Form sein soll, auch einen Inhalt vindiciert. Der scheinbare Widerspruch darf nicht irremachen. Erkennt man auch Stammler's Auffassung als richtig an, so ist dennoch statthaft, von Form und Inhalt des Rechtes zu sprechen, und zwar sogar in zwei verschiedenen Bedeutungen.

Die Antithese Form-Inhalt stellt nicht stricte Gegensätze einander gegenüber, da die Form nichts ist, was äusserlich an den Inhalt herantritt, vielmehr mit ihm in innerlichem Connex steht, da sie durch den Stoff, den sie umgrenzt, selbst bestimmt wird — es gibt keinen eckigen Wassertropfen.

Die Behandlung dieser Antithese und das Arbeiten auf ihrer Grundlage ergibt ähnliche Schwierigkeiten, wie die Gegenüberstellung des subjectiven und des objectiven Momentes, die auch in den verschiedensten Bedeutungen erfolgen kann, so dass der einen Betrachtung als subjectiv erscheint, was sich, unter einem anderen Gesichtswinkel besehen, als objectiv darstellt. Die Besprechung der Probleme wird durch die verwirrende Terminologie wesentlich erschwert. So lange aber bessere Ausdrücke nicht zu Gebote stehen,

erübrigt nichts, als sich mit den üblichen Terminis zu befreunden. Das Interesse an der Klarheit der Darstellung gebietet, jeweils genau zu bezeichnen, welcher Sinn den Worten unterlegt wird.

1. An der Stammler'schen Auffassung vermag man auch festzuhalten, wenn man der materialistischen Geschichtsauffassung nicht anhangt, wenn man das Recht nicht nur als die Form des wirtschaftlichen Lebens, sondern auch des von diesem in mancher Hinsicht unabhängig gedachten geistigen Lebens betrachtet. Die grosse Bedeutung, die dem Werke Stammlers für die constructive Jurisprudenz zukommt, liegt darin, dass man das Recht von den realen Thatbeständen scharf scheiden lernte, und dass man nun nicht etwa in dem Verhältnis der Menschen zu den Sachen das für die Rechtswissenschaft maassgebende Moment erblickt, sondern in den Beziehungen zwischen den Menschen untereinander (l. c. S. 263). Insoferne enthält bereits das Werk Stammlers selbst implicite das Verlangen nach der Reducierung der Rechtsbegriffe.

2. Mit der Anerkennung der formalen Natur ist einer Zerfällung des Rechtes in eine formelle und eine inhaltliche Seite nicht praejudiciert. In zweifacher Hinsicht erscheint die Unterscheidung möglich, ja geboten. Als eine reale Macht übt das Recht eine Function, und es erhebt sich die Frage nach dem Inhalte der Function, nach den sich jeweils ergebenden Resultaten des Wirkens, und nach der Form, der Art der Function: Was und wie wirkt das Recht? Stammler spricht selbst von einem „Zweck" des Rechtes (l. c. 403); A. Merkel verwendet die Eintheilung, indem er den „Formalgrund" und den „Materialgrund" der Bestrafung rechtswidriger Bethätigung auseinanderhält (Krim. Abh. I. 97).

Der Interessenschutz, den das Recht übt, bildet seinen Inhalt; die Form des Rechtes kann von diesem Standpunkt verschieden angegeben werden, je nach der Art der Betrachtung, die angestellt wird: als System von Beziehungen, als Complex von Normen, als Inbegriff von hypothetischen Urtheilen. Keine dieser Aussagen kann für sich genommen den Anspruch erheben, die formelle Seite des Rechtes zu erschöpfen. Sie dürfen ferner, da die Form in ihrer Totalität etwas Einheitliches darstellt, einander nicht widersprechen, sondern müssen, als in einem inneren Zusammenhange stehend, von einander abgeleitet werden können.

Dass es zulässig ist, Form und Inhalt gedanklich von einander zu scheiden, bedarf keiner weiteren Begründung. Solange die Trennung überhaupt als logisch berechtigt angesehen wird, kann sie auch der Wissenschaft nicht verwehrt werden. Ist ja doch begriffliches Erfassen nur auf Grund logischer Isolierung der Ob-

jecte möglich. Wenn sich Gierke gegen die „Auseinanderreissung" von Form und Inhalt verwahrt, (Schmoller VII 1174), so liegt darin ein berechtigter Protest gegen die alleinige Behandlung und ausschliessliche Berücksichtigung der Form. Gierke selbst trennt an einer Stelle Inhalt und Form ausdrücklich, indem er (ebenda 1187), dem Richter die Befugnis zubilligt, zu prüfen, ob der Rechtssatz, den er anwendet, formell richtig erlassen wurde, ihm dagegen eine Critik des Inhaltes verwehrt.

3. Eine weitere wichtige, in de rstrafrechtlichen Literatur vielleicht nicht genügend beachtete Unterscheidung, die sich gleichfalls, wenn auch in anderem Sinne, auf der Antithese Form — Inhalt aufbaut, ergibt sich aus der Erwägung, dass die Rechtswissenschaft nicht bloss das Nebeneinander der Erscheinungen einer Betrachtung unterwirft; denn ihr Object steht im Flusse der Entwickelung. Die Begriffe, mit denen sie operiert, sind gemäss dem Wandel der ihnen in der empirischen Welt zu Grunde liegenden realen Bestände selbst der Veränderung unterworfen. Soll der Begriff trotz der Wandlungen mit sich identisch bleiben, so müssen in ihm zwei Seiten unterschieden werden, ein constanter Factor, der die Merkmale umfasst, die dem Begriff immer zukommen, und der als solcher den eigentlichen Begriff im engeren Sinne bildet, und einen variablen Factor, der im Laufe der Entwickelung wechselt. Man kann den constanten Teil des Begriffes, der seinen innersten Kern bildet, den Inhalt, den variablen die Form nennen, in der sich der Kern jeweils in verschiedenen Phasen der Entwickelung präsentiert. Denn der reine Begriff selbst ist ebensowenig jemals gegeben, als der „Mensch schlechthin", sondern immer nur in einer individuellen Verkörperung.

Von einer anderen Seite betrachtend, kann man als Form bezeichnen, was eben als Inhalt, als Kern hingestellt wurde. Den Begriff im engeren Sinne erhält man, indem man von jeder positiven Rechtsordnung abstrahiert, von jedem Lebensinhalt absieht. Dieser engere Begriff gilt für jede Rechtsordnung und kehrt in jedem positiven Rechtssysteme ebenso wieder, wie der Gattungsangehörige in jedem Individuum. Er ist gleichsam nur die leere Form, in die das Leben jeweils seinen Inhalt ergiesst. Der constante Factor ist also rein objectiv als Inhalt zu bezeichnen, indem der Rechtsbegriff de lege ferenda, in abstracto construiert wird. Der variable Factor dagegen erscheint als Inhalt vom subjectiven Standpunkt besehen. Der eigenthümliche Gehalt, den die Rechtsbegriffe innerhalb einer bestimmten positiven Ordnung aufnehmen, ist nur die subjective Färbung, die ihm die Rechtsunterworfenen nach den gerade

geltenden Werturtheilen beilegen, bezw. die der Gesetzgeber den einzelnen Rechtsinstituten verleiht. Wer etwa die Strafe wesentlich als Vergeltung bezeichnet, erschöpft ihren Begriff ebensowenig, als wer ihr die Function zu bessern, zu sichern u. s. f. zuspricht.

Die Betrachtung einer einzelnen Rechtsordnung, diese „niedrigere Form der Jurisprudenz" (v. Jhering) kann eine Scheidung der beiden Factoren noch nicht ergeben, da sie sich in ihr gegenseitig durchdringen. Wissenschaftliche Forschung muss die beiden Factoren scharf sondern, da die Construction in abstracto nur mit den constanten Begriffsmerkmalen operieren kann. Ohne solche Beschränkung könnten ja Begriffe nicht hergestellt werden, die für jede Rechtsordnung zutreffen. Und nicht nur das Nacheinander der Entwickelung fordert die Trennung, sondern auch die Betrachtung des Nebeneinander der bestehenden Rechtssysteme; denn die Entwickelung geht nicht in allen Rechtsgemeinschaften, die zugleich gegeben sind, parallel; die Culturphasen lagern räumlich nebeneinander. Umsomehr muss die historisch betrachtende Wissenschaft den Begriffen, mit denen sie arbeitet, die Hülle abstreifen, in welcher sie jeweils im Leben einherschreiten. „Der Wert eines Begriffes beruht ja nicht darauf, dass er erzählt, die und die Merkmale seien so und so vielen Dingen gemeinschaftlich gewesen, sondern, dass er ein Musterbild aufstellt, nach welchem immer und überall das Einzelne sich gestaltet, dass er den Stempel zeigt, mit welchem die Natur prägt". „Zuerst begegnet uns die Veränderlichkeit der Objecte selbst, die nicht gestatten will, bei der Angabe eines festen Complexes wahrnehmbarer Merkmale stehen zu bleiben. Jene Doppelseitigkeit des Substanzbegriffes, vermöge der er nicht nur das im gegebenen Zeitpunkte Zusammenseiende, sondern auch das in der Zeit Wechselnde auf einen und denselben Grund bezieht, verwickelt die Begriffsformeln, die der Flüssigkeit der Dinge selbst gerecht werden müssen, wenn es sich darum handelt, nicht bloss eine unter bestimmten Umständen gewonnene Vorstellung zu fixieren, sondern die Natur des Dinges selbst auszudrücken, wie sie im Verlauf der Zeit in verschiedenen Erscheinungen sich offenbart". (Sigwart, Logik II S. 236, 237 ff.)

Die Trennung ergibt nunmehr zwei disparate Gebiete. Wie der Naturforscher das Individuelle an den einzelnen Gestalten von den in allen Exemplaren der Gattung wiederkehrenden Merkmalen sondert und, aus dem überall Gleichen auf den inneren Zusammenhang schliessend, das Princip der Vererbung entwickelt, so ergibt die Betrachtung des Rechtes, die von den Eigenthümlichkeiten der einzelnen Rechtsordnungen abstrahiert, ein festes Gerippe stets gleich-

bleibender Begriffe und logischer Zusammenhänge, das sich zu dem bunten Wechsel in der Welt der Erscheinungen verhält, wie das Ding an sich zu seiner empirischen Form, und wie das eleatische Princip des Seins dem heraklitischen *παντα ῥει* gegenübertritt.

Mit dieser Scheidung allein kann die Rechtswissenschaft in den Dienst des Gesetzgebers gestellt werden. Indem sie ihre Begriffe in abstracto construiert, gelangt sie zu Resultaten, welche immer und überall Geltung beanspruchen, welche besagen: So lange es Recht im heutigen Sinne gibt, so lange ist unsere Geltung unumstösslich. Aus ihnen aber ergeben sich für die wechselnden Zeiten die Folgerungen nicht unmittelbar. Sie bieten dem Gesetzgeber nur den festen Ausgangspunkt für seine Politik. Dieser hat die an sich unwandelbaren Wahrheiten, die ihm die Wissenschaft darbietet, unter steter Berücksichtigung der momentanen Gestaltung der culturellen Verhältnisse, der überlieferten Werturtheile sowohl, als der herrschenden Interessen und Bedürfnisse in practisches Recht umzusetzen, so dass das ganze geltende Recht als das Product zweier Factoren erscheint. Diese Compromissnatur, die Duplicität des Rechtes ruht in letzter Linie auf der doppelten Stellung der rechtsunterworfenen Menschen als Individuen, als welche sie den Wechsel, die Anpassung, und als Gattungs- bezw. Gruppenangehörige, als welche sie das Moment der Vererbung darstellen.

Der Gesetzgeber erscheint demnach nicht als ein willkürlicher Dictator: er formt nur einen überkommenen Stoff (Jellinek, System 190).

Die Trennung der beiden Gebiete tritt der Scheidung des Rechtes in das Recht als objective Macht und als Rechtsbewusstsein zur Seite, indem beide Zerfällungen das Allgemeine und das Individuelle, das Objective und das Subjective von einander scheiden. Für die rein formale abstracte Betrachtung ist das Recht lediglich objective Macht, die als eine fremde an das Individuum herantritt. Denn diese Betrachtung muss über den Zustand, in dem es ein Rechtsbewusstsein gibt, und in dem die ethischen Mächte eine Wirksamkeit entfalten, hinausgehen, da sie sonst nicht imstande wäre, das Recht in seiner Gestalt als Rechtsbewusstsein begrifflich zu erfassen. Und sie muss sich das Recht auch den Widerstrebenden gegenüber als solches bewähren lassen. Sie muss weiters von jedem Inhalte der Normen absehen, da sie den Begriff der Norm und der Pflicht für alle ethischen Mächte schlechthin feststellen soll. Erst wenn die Form fixiert ist, kann sich die Untersuchung mit der Abgrenzung der Form des Rechtes von der der übrigen Mächte befassen, und, indem sie den Inhalt heranzieht, den

Begriff des Rechtes auch nach seiner subjectiven und individuellen, positiven Seite vervollständigen.

## § 3. Die Einschränkung des Rechtsbegriffes.

§ 3. Die Einschränkung des Rechtsbegriffes.

1. Wie bereits hervorgehoben, kann der Begriff der Rechtswidrigkeit nicht aus einem völlig vagen Rechtsbegriffe hergeleitet werden: die Erörterung muss von einem solchen Rechtsbegriffe ausgehen, angesichts dessen die Möglichkeit rechtswidriger Bethätigung offen gelassen erscheint. Damit wird der Rechtsbegriff in seiner Form eingeschränkt. Gewisse Zustände, deren Eintritt von manchen Schriftstellern als möglich, bezw. wahrscheinlich angenommen wird, und denen eine gewisse Form des Rechtes vindiciert wird — eine solche nämlich, wo vom Rechte als einer objectiven Macht nicht mehr die Rede sein kann —, werden, da ihr Eintreten nicht sicher behauptet werden kann, und da es daher willkürlich erscheint, sie als Rechtszustände zu bezeichnen, ausserachtgelassen.

2. Eine zweite Beschränkung betrifft den Inhalt des Rechtes. Man nimmt in der Literatur vielfach an, dass von Recht schon dann gesprochen werden könne, wenn ein Zustand des Zusammenlebens der Menschen gegeben ist, der eine äusserliche Regelung aufweist (objectiv), oder wenn ein Zustand gegeben ist, den die zusammenlebenden Menschen als einen seinsollenden betrachten (subjectiv). So erblickt Stammler (Wirtschaft 517) selbst in der Herrschaft des nach reiner Willkür und Laune schaltenden Despoten einen Rechtszustand: „Despotismus würde in seiner vollendeten Art eine Rechtsordnung heissen, die nur aus einem einzigen, im voraus allgemein aufgestellten Paragraphen bestände: die rechtlichen Beziehungen unter den Rechtsunterworfenen werden lediglich nach der concreten Entscheidung des Herrschers im einzelnen Falle beurteilt und durchgeführt"; im Gegensatz hiezu würdigt Bierling als das wesentliche Moment des Rechtes ausschliesslich die Anerkennung: „Von allen anderen Arten von Normen unterscheidet sich die Rechtsnorm dadurch — und bloss dadurch —, dass sie als Regel des Zusammenlebens eines bestimmten Kreises von Menschen seitens der dazu Gehörigen fortgesetzt anerkannt wird". (Kritik I, 3, Jur. Pr. I, 40.)

Die erste Ansicht ist nicht imstande, das Recht von der Willkür, die andere nicht imstande, das Recht von den übrigen ethischen Mächten abzugrenzen. Beide Rechtsbegriffe sind leere Schemen ohne jeden Inhalt; beide müssen schliesslich zu Fictionen greifen. Der dem Rechte von Stammler vindicierte Zweck kann dem

„Rechte“ in der Despotie gewiss nicht zugeschrieben werden; und Bierling gibt selbst zu, dass er fingiert: Jur. Pr. I, 201.

Es ist heute allgemeine Ueberzeugung, dass dem Rechte die Function des Interessenschutzes zukommt. Diese Thatsache (die später noch zu erörtern ist) ist für die Feststellung des Rechtsbegriffes von grösster Wichtigkeit, da die Hereinziehung dieses Merkmales in den Begriff eine wesentliche Einschränkung desselben bedeutet, und gestattet, ihn gegen die Vergangenheit und im räumlichen Nebeneinander scharf abzugrenzen. Die Einschränkung ermöglicht ferner erst die zur Feststellung des Begriffes des Rechtes unumgängliche Vergleichung mit den übrigen ethischen Mächten. Als ethisch erscheint heute ein Zustand nicht, in welchem blinde Willkür, Unvernunft und Barbarei herrscht. Die geltende „Ordnung“ unter Cannibalen, die Götzen mit Menschenopfern ehren und Mord und Raub als „gut“ ansehen, ist weder eine Rechtsordnung, noch eine moralische oder religiöse Ordnung in dem Sinne, in dem man heute von diesen Mächten spricht: als von Mächten, die eine zu billigende, vernünftige Function mit sich führen, und den man allein mit ihrer Vorstellung verbinden kann, wenn die wissenschaftlichen Erkenntnisse überhaupt irgend eine practische Bedeutung haben sollen, die Wissenschaft nicht die Lehre vom „An sich Gleichgültigen“ sein soll (vergl. Dahn, Vernunft, 13). Solcherart wird die Vergleichung der ethischen Mächte Recht, Moral, Religion und Sitte nur in der Bedeutung vernünftiger Phänomene begreifen, die für das gedeihliche Zusammenleben der Menschen von Bedeutung sind, indem sie, dem Willen Aller entsprechend, den Frieden und die Ordnung sichern, kurz die Interessen schützen. Damit wird aus all den Ordnungen, die sämmtlich gemeinsam haben, dass die Menschen durch bestimmte äussere Regeln gebunden sind und die geltenden Normen als bindend anerkennen, ein bestimmter Theil herausgehoben, dem allein der Character von „Rechtsordnungen“ zugesprochen wird. So gewiss das „Interesse“ in vieler Hinsicht etwas Subjectives bezeichnet, so bildet doch das Moment des Interessenschutzes, das dem Rechte vindiciert wird, ein objectives Criterium, welches zwar nicht eine mit mathematischer Präcision arbeitende Abgrenzung gestattet, aber immerhin einen Maassstab an die Hand giebt, der unter den Erscheinungen, von denen man ausgehen kann, eine Auswahl zu treffen ermöglicht. Denn wie sehr auch die Interessen der Menschen im Besonderen wechseln mögen, da sich die Art und Zahl der Bedürfnisse und die Mittel, die ihrer Befriedigung dienen, im Laufe der Zeiten selbst ändern, kehren doch gewisse Interessen, die mit der Organisation der Menschen untrenn-

bar verknüpft sind, in jeder Phase der Entwickelung wieder; dass übrigens das Recht die Interessen nicht als individuelle, sondern von einem objectiven Standpunkte betrachtend schützt, wird sich später erweisen (unten § 11).

Im Grunde wird das objective Moment des Interessenschutzes bereits implicite mitbehauptet, wenn man das Moment der Anerkennung dem Rechtsbegriffe als ein ihm wesentliches Merkmal zulegt. Denn man kann schwerlich annehmen, dass Menschen einen Zustand als gerecht ansehen und Vorschriften als bindend anerkennen, die sie Triebe unterdrücken heissen, die nothwendig immer und überall nach Bethätigung ringen.

Dem Rechte die Merkmale des Gemeinwillens, der Anerkennung, des Interessenschutzes zusprechen, heisst eigentlich nur dasselbe mit verschiedenen Worten sagen. Es liegt darin vor allem ein Protest gegen die Auffassung, dass des Rechtes einzige Natur der Zwang, die brutale Macht sei, und das Zugeständnis, dass Recht und Willkür nicht, wie vielfach versucht wurde, lediglich der Form nach unterschieden werden können. Es lässt sich keine Form des Rechtes denken, deren sich nicht auch, wenngleich nur vorübergehend, die Willkür bedienen könnte.

Das Recht ist als die Herrschaft des allgemeinen Willens dem Inhalte der Normen nach characterisiert; die Betonung, dass eine Herrschaft anerkannt sein müsse, um Recht zu sein, präcisiert die Stellung der Rechtsunterworfenen zu den Normen; das Moment des Interessenschutzes tritt als selbstverständlich hinzu, da eben die Menschen wollen, dass ihren Interessen nicht zuwidergehandelt werde, und da sie nur einen Zustand als vernünftig anerkennen, der sie nicht mehr opfern heisst, als das friedliche Zusammenleben mit den Nebenmenschen unbedingt fordert.

Wer die Function des Rechtes und der ethischen Mächte prüfen und erkennen will, darf nicht vom einzelnen Individiuum ausgehen, darf die Wirkung der Mächte auf die Menschen nicht aus singulären Erscheinungen deducieren wollen. Als Mächte, die von der Gattung ihren Ausgang genommen haben, sind sie ihrer Natur gemäss einer a priori generalisierenden Betrachtung zu unterwerfen. Die Gruppe ist das Object, dem sie dienen, nicht der Einzelne. Die vernünftige Function des Rechtes kann nicht erkennen, wer etwa aus der Summe aller ein einzelnes Menschenleben herausreisst, das vermöge seiner Organisation in dem Milieu, in dem es sich entwickelte, naturnothwendig den Weg zum Schaffot einschlägt. Von allen ethischen Mächten gilt, was Schmoller über das Recht sagt: „Bis zur Härte

steigert sich seine Kraft; der Einzelne wird unbarmherzig von dieser starren Maschine auf die Seite geworfen, zermalmt, wenn er widerstrebt." (Grundriss I, S. 57).

Allerdings können die Worte: Gemeinwillen, Anerkennung u. s. f. nur cum grano salis verstanden werden. Die wirtschaftlichen, intellectuellen und ethischen Unterschiede unter den Rechtsunterworfenen sind so tiefgehende, dass Einzelnen die herrschenden Normen in geringerem Maasse zu statten kommen als Anderen. Das Gleichgewicht der Gerechtigkeit ist noch nicht genügend ausbalanciert.

Es hiesse gewiss die thatsächlichen Erscheinungen nicht erklären, sondern vergewaltigen, wollte die Rechtswissenschaft diese Unterschiede einfach ignorieren. (Wohl etwas übertreibend: Menger, besitzl. Volkskl. 6). Es erhebt sich die Frage, in welcher Weise die Verschiedenheit der Rückwirkung des Rechtes im Systeme der Begriffe zum Ausdruck kommen soll. Würde das Recht schlechthin als von allen Einzelnen — die ja in ihrer Vereinigung die Gruppe bilden — anerkannte Macht hingestellt, so müsste die Darstellung entweder den Vorwurf hinnehmen, dass sie mit Fictionen arbeite, oder, dass sie einen Idealtypus zeichne, der die Wirklichkeit nicht erklärt. Wird das Recht dagegen als eine allen Einzelnen fremde, objective Macht bezeichnet, so wird das wesentlich in Betracht kommende Moment, die Wirkung auf die Gruppe, ausserachtgelassen.

Dieselbe Schwierigkeit ergibt sich aber auch für die Stellung der Einzelnen zu den Normen, je nach der Verschiedenheit der äusseren Lage, in die sie gerathen, und ihrer wechselnden inneren Beschaffenheit.

Das Dilemma kann nur dadurch überwunden werden, dass das Recht und die übrigen ethischen Mächte zuerst als lediglich objective Mächte behandelt werden. Die Begriffe der Norm und der Pflicht sind vor allem nur in der Weise festzustellen, dass der Einzelne lediglich als Gattungsangehöriger, ohne Berücksichtigung der Culturstufe, auf der er steht, betrachtet wird. Wenn auch nicht mit Sicherheit festgestellt werden kann, wie die Menschen psychisch beschaffen waren, bevor noch die ethischen Mächte entstanden sind, und wenn auch anzuerkennen ist, dass die Menschen von allem Anfang an die Dispositionen in sich trugen, die im Laufe der Entwickelung die altruistischen Gefühle hervortrieben, so muss die Erörterung vorläufig doch von dem Walten der ethischen Mächte absehen.

Indem die Darstellung dann die leeren Begriffsformeln, die sich ergeben, mit dem Inhalte ausfüllt, der im Vorstehenden fixiert wurde, zeichnet sie einen Begriff, der als Idealtypus fungiert. Sie ist sich dann wohl bewusst, dass dieser Begriff in der empirischen Welt nie genau in der Weise zur Erscheinung gelangt, wie er im System der Wissenschaft steht. So wenig aber der Naturforscher mit der Aussage, dass ein Thier 4 Füsse hat, leugnet, dass einzelne Exemplare Abweichungen aufweisen, so wenig leugnet die Rechtswissenschaft das thatsächlich Vorhandene hinweg, wenn sie ihren Idealbegriff construiert. Sie behauptet bloss, dass die Abweichungen im einzelnen Falle ihre Erklärung nicht in den von ihr behandelten Thatsachen findet; sie sucht die Gründe nicht im Allgemeinen, sondern im Besonderen: in den betreffenden Subjecten selbst und ihrer eigenthümlichen individuellen Entwickelung.

Damit bewährt sich aufs Neue die Unzulänglichkeit der rein inductiven Betrachtung, die die Gefahr willkürlicher Generalisierung selbst bei weitestem Ueberblick über die Objecte niemals ausschliesst. Die Literatur des Strafrechtes enthält nur zu viele Beispiele derartiger Verallgemeinerung, und es ist unbedingt erforderlich, die Wichtigkeit der Deduction aufs nachdrücklichste zu betonen: „Bloss vom Gegebenen ausgehend, das wir nach Aehnlichkeit und Verschiedenheit ordnen sollen, haben wir vollkommen freie Wahl, was wir zum bestimmenden Character einer höheren Classe machen sollen; und wir stehen etwa vor derselben Aufgabe, wie wenn von uns gefordert würde, die Wörter einer Sprache nach den Buchstaben, die sie gemeinschaftlich haben, zu classifizieren." „Der logisch vollkommen reine Begriff ist ein Idealbegriff, von einem Princip aus folgerichtig entworfen, und seiner logischen Brauchbarkeit schadet die Unmöglichkeit, ihm ein vollkommen entsprechendes Gegenbild in der Wahrnehmung zu geben so wenig, als der Begriff der Ellipse oder der Parabel darum unbrauchbar wird, weil keine Grenze eines wirklichen Körpers und keine Bahn eines Planeten oder Cometen als eine strenge Ellipse oder Parabel im geometrischen Sinne sich ausweisen kann. Jene Einwände beweisen nur aufs neue, dass die blosse Wahrnehmung des Gegebenen mit seinen continuierlichen Uebergängen überhaupt zu keinen Begriffen führen könnte, weil von hier aus alle Grenzen und Unterschiede zuletzt willkürlich wären, dass wir nur durch Erzeugnisse unseres spontanen Denkens den Fluss der Unterschiede zum Stehen bringen und die weiche Masse der Erscheinungen zu scharfen Gestalten erhärten können." (Sigwart, Logik II S. 241, 258.)

## § 4. Der Zweck des Rechtes.

§ 4. Der Zweck des Rechtes

Wird die Discussion über den Rechtsbegriff in der Weise eingeschränkt, dass die Gestaltung, die das „Recht" der Zukunft aufweist, ausser acht gelassen wird, so entfällt von selbst die Aufgabe, teleologische Gesichtspunkte wahrzunehmen. Die Rechtswissenschaft hat weder nach dem letzten Zwecke des Rechtes zu fragen, noch etwa den „Rechtsgrund" des Rechtes anzugeben, d. h. die Berechtigung auszuweisen, dass das Recht überhaupt existiert. Den letzten Zweck des Rechtes kann die Wissenschaft nicht angeben. Das Recht hat an sich keinen anderen Zweck, als den es immanent mit sich führt; nachdem aber niemand anzugeben vermag, wie sich die Dinge auf Erden einmal entwickeln werden, ist die Frage nach dem Zwecke müssig. Auch die Frage, ob sich die Idee des Jhering'schen Weltstaates jemals realisieren werde, kann die Wissenschaft nach dem heutigen Stande weder mit Ja noch mit Nein beantworten. Es scheint zu weitgehend, wenn man die Ansicht, wie Dahn, Vernunft, S. 65 ff., für geradezu unlogisch erklärt. Ja es würde sich sogar fragen, ob die Lehre nicht als heuristisches Princip aufgestellt werden könnte, das — allerdings im Rahmen einer Hypothese — Anhaltspunkte für die Lösung mancher Probleme des internationalen Rechtes geben könnte. Gerade die Entwickelung des Völkerrechtes und die mannigfachen Integrationsprocesse, die auf wirtschaftlichem, ethischem und politischem Gebiete wahrzunehmen sind, könnten der Aufstellung des Principes einen Schein von Berechtigung verleihen.

Einen Rechtsgrund des Rechtes kann es, ausser in dem Sinne des letzten Zweckes, nicht geben. Man kann nicht nach der Mission des Rechtes, nicht nach der Existenzberechtigung derjenigen Rechtsinstitute fragen, die nothwendig in jeder Rechtsordnung wiederkehren. Da der Gesetzgeber nicht rein willkürlich die Normen erlässt, sondern lediglich einen ihm überkommenen Stoff formt, gleichsam das ererbte, stets Geltung heischende Recht den Bedürfnissen und Ueberzeugungen der Rechtsunterworfenen anpasst, kann die Frage nach dem Zwecke nur hinsichtlich der positiven Gestaltung aufgeworfen werden, die der Gesetzgeber den Instituten innerhalb der einzelnen Rechtsordnung aus practisch-politischen Gründen gibt. Nicht über den festen, objectiv gegebenen Kern der Rechtsbegriffe kann discutiert werden, noch auch über die subjective Färbung, die das Institut gerade durch die geltenden Urtheile zugetheilt erhält, sondern ausschliesslich über die specifische Gestalt, die der Gesetzgeber dem überkommenen Stoff lieh, und darüber,

ob der Gesetzgeber die Werturtheile der Rechtsunterworfenen berücksichtigt, bezw. richtig erfasst habe.

Die Frage nach der Existenzberechtigung des Rechtes überhaupt ist eine ebenso transscendente, wie die nach der Berechtigung der übrigen ethischen Mächte. Sie ist aber auch practisch indiscutabel, nachdem eine Abschaffung der ethischen Mächte keinesfalls möglich ist. Sie sind nicht minder Naturgewalten, wie Sturm und Erdbeben; dies lehrt die Betrachtung der Gegenwart, wie der Vergangenheit. Wenn auch die einzelnen Normen, die sie enthalten, von den Menschen ursprünglich bewusst ausgesprochen wurden, so war doch der Zweck, den man dabei im Auge hatte, stets ein singulärer, individueller Zweck, der in letzter Linie beim einzelnen Befehlenden lag. Was diese Einzelnen durch ihre Befehle für die Allgemeinheit erwirkten, entgieng ihrem Auge; sie traten damit in ihnen unbewusste Causalreihen. Die ethischen Mächte sind aber keineswegs als schädliche Naturgewalten anzusehen; denn sie üben, wenn sie nicht in schiefer Weise vom Standpunkt einzelner Individuen beurtheilt werden, eine vernünftige und segensreiche Wirkung, indem sie ein friedliches Zusammenleben ermöglichen und die Interessen Aller — wenn auch heute noch nicht Aller in gleicher Weise — schützen.

Die Scheidung der constanten von den variablen Factoren gibt sich auch practisch dadurch kund, dass der Gesetzgeber den constanten Factor als selbstverständlich gegeben betrachtet, indem er sich nicht etwa die Frage vorlegt: ob er das Rechtsinstitut der Strafe, des Ersatzes beibehalten und nicht vielleicht abschaffen solle. Er fragt sich lediglich: Welche Form der Strafe ist unter den gegebenen Umständen die beste? Welche besonderen Zwecke können in das Institut noch hineingelegt werden, welche Gestaltung verspricht angesichts der jetzt herrschenden Zustände die grösstmögliche Förderung der Interessen? Da der Gesetzgeber und die Praxis nur nach diesen secundären Zwecken fragt, gewinnt es leicht den Anschein, als wären diese Zwecke und als wäre die Gestaltung, die der Legislator den Instituten entsprechend der subjectiven Auffassung gibt, der sie im Kreise der Gemeinschaft begegnen, das Wesentliche und die einzigen Zwecke; das wesentliche Merkmal ergibt sich aber erst, wenn die Institute von dem Standpunkte des Rechtes in abstracto, nach ihrem constanten Gehalt geprüft werden. Ist die wesentliche, immer gleichbleibende Function des Rechtes der Schutz der Interessen, so muss dieses Moment in allen einzelnen Rechtsbegriffen wiederkehren, und nach ihm der innerste Kern bestimmt werden.

Als eine Function muss das Recht überhaupt von seinem Ausgangspunkte betrachtet werden. Die Erörterung hat sich, zumal wenn es sich um die begriffliche Erfassung der s. g. Unrechtsfolgen handelt, stets auf den Standpunkt des Gesetzgebers zu stellen. Die Frage nach dem Begriffe der Strafe, des Schadenersatzes darf nicht etwa in der Form gestellt werden: Was bezweckt die Verhängung der Strafe, die Auferlegung der Ersatzpflicht? Denn diese Fragen richten sich nach der Rückwirkung auf einzelne Individuen und in einzelnen Fällen. Die Function des Rechtes erstreckt sich jedoch auf die Gruppe. Es ist daher die Frage zu stellen: Was bezweckt die Aufstellung der Rechtsfolge, die Drohung des Uebels, die Verheissung des Lohnes? Nur auf diese Frage kann geantwortet werden: Den Schutz der Interessen aller Rechtsunterworfenen. Darauf eben beruht das grossartige Ansehen der Feuerbach'schen Theorie, dass sie die richtige Fragestellung enthält; und darin liegt der Grund, weshalb sie trotz der heftigen Bekämpfung, die sie erfuhr, und trotz der vielfachen Irrthümer, die sie enthält, ein ganzes Jahrhundert überdauerte, und immer wieder, besonders in neuester Zeit, Anhänger findet.

Gerade aber, weil das Recht, in seiner Totalität betrachtet, nicht lediglich das künstliche Product einer Machtquelle darstellt, kann sein Wesen und sein Inhalt mit der Frage nach dem Zwecke des Gesetzgebers und nach der Wirkung, die er bewusst hervorruft, nicht erschöpft werden. Mit dem Momente, als das Recht in die Sphäre bewusster Satzung trat, hat es nicht aufgehört, Gewohnheitsrecht in dem Sinne zu sein, als es Recht nur ist, wenn es — wenn auch nicht unmittelbar im Momente der Erlassung des Gesetzes — als bindend anerkannt wird. Und solche Anerkennung ist nur gegeben, wenn die Norm ihrem wesentlichen Inhalt nach bereits gegolten hat, oder wenn ihre Erlassung in den daran betheiligten Kreisen als ein Bedürfnis empfunden wurde — eine Erscheinung, die zuletzt darin gründet, dass die Menschen das Seiende, und nur das Seiende als das Seinsollende betrachten (Simmel I 77). Als ein „Seinsollendes" erscheint das geltende Recht den Mitgliedern der Rechtsgemeinschaft in erster Linie nicht als eine Institution der Nützlichkeit, nicht als „Wille", sondern als das an sich Vernünftige, Gute und Gerechte, das bereits als solches nicht weniger, als die Religion und die Moral, Achtung und Ehrfurcht heischt. Diesem ideellen Momente wird rein utilistische Betrachtung nicht gerecht.

Es ist aber klar, dass dieses Moment der subjectiven Seite des Rechtes angehört. Im Bereiche der formalen Construction der Begriffe, für die das Recht, wie noch eingehender darzustellen ist, nur als ob-

jective Macht in Betracht kommen kann, ist von diesem Momente abzusehen. In ihrem Gebiete heischt der Zweckgedanke ausschliessliche Geltung.

## § 5. Der Interessenschutz.

§ 5. Der Interessenschutz

Fast alle juristischen Schriftsteller und alle Diejenigen ohne Ausnahme, die mit dem Rechte in der Praxis befasst sind, einigen sich in der Auffassung, dass das Recht, wie die übrigen ethischen Mächte, die Interessen der zusammenlebenden Menschen schützt, dass die socialpsychischen Mächte die Factoren sind, die an das Individuum herantreten und seine Freiheit zu Gunsten der Mitmenschen einschränken, und dass sie verhindern, dass das „bellum omnium contra omnes" an die Stelle der Ordnung und des Friedens trete. Freilich kann diese Function nicht experimentell nachgeprüft werden. Aber gerade darin, dass es einem Gesetzgeber bisher noch nicht im Entferntesten einfiel, zur Probe das Recht oder einen namhaften Theil desselben aufzuheben, wie sonst wohl zuweilen Gesetze erlassen oder aufgehoben werden, ohne dass der Legislator mit völliger Sicherheit die Folgen seines Schrittes vorauszusehen vermöchte, liegt der Beweis, wie tief eingewurzelt die Ueberzeugung ist. Und wenn sich im Bereiche anderer Wissensgebiete Schriftsteller finden, die, wie etwa die Vertreter der anarchistisch-individualistischen Philosophie, für die Abschaffung des Rechtes eintreten, so folgen sie nicht practischen Erwägungen, sondern lediglich principiellen Gesichtspunkten, die vor dem Forum der Wissenschaft nicht bestehen können. Und selbst diese Philosophen wünschen im Grunde nur die Abschaffung des „Zwangsrechtes", indem sie ausdrücklich die Meinung kundgeben, dass die übrigen ethischen Mächte allein, bezw. die „Conventionalregeln" allein, also ein Theil der ethischen Mächte, Frieden und Ordnung aufrecht zu erhalten, d. h. die Interessen zu schützen imstande sein würden. Ihnen gegenüber bedarf es des Hinweises, dass der Gesetzgeber, der, wie bereits betont, mit dem Rechte nicht nach Belieben schalten darf und kann, der nur einen überkommenen Stoff zu formen hat, seine Competenz überschritte, ja Unmögliches zu unternehmen strebte, wollte er sich der elementaren Macht widersetzen — und das Recht bleibt, auch wenn die ethische Macht durch das Medium des Intellectes von Menschen hindurchgeht, doch immer die unwiderstehliche Naturmacht, die blinde Themis mit dem Richtschwert. Ein Blick auf rechtlose Zeiten beweist, dass mit dem Momente, wo der Zwangsapparat des Rechtes ausgeschaltet erscheint, die Kräfte, die in den Individuen schlummern,

entfesselt hervorbrechen und in ihren Ausbrüchen aller moralischen und religiösen Bedenken spotten. Dermassen erweist sich aufs Deutlichste, dass Moral und Religion — wenigstens heute noch, und, soweit auf die Zukunft geschlossen werden kann, auch in den nächstkommenden Zeiten — des Schutzes seitens des zwingenden Rechtes bedürfen, wie auch wechselweise das Recht ihrer Hilfe nicht entrathen kann. (Schopenhauer, Welt § 62: „Der Staat ist . . . errichtet unter der richtigen Voraussetzung, dass eine Moralität, d. h. Rechthandeln aus moralischen Gründen, nicht zu erwarten ist, ausserdem er selbst ja überflüssig wäre.")

Bereits um der Function willen, die sie üben, also vom rein objectiven Standpunkt betrachtend könnte man versucht sein, die socialpsychischen als „ethische" Mächte anzusehen; denn sie bewirken nicht nur, dass die Menschen ihren sinnlichen Bedürfnissen nachgehen können, sondern ermöglichen dadurch mittelbar die Entstehung höherer, geistiger Interessen, ein Streben nach Idealen. Subjectiv, vom Standpunkt der Individuen betrachtet, erscheinen sie als ethische Mächte, weil sich die Menschen, unbewusst der Quelle der Normen, die sie als verpflichtend anerkennen, als im Dienste höherer Gewalten stehend, als Glieder einer übersinnlichen Welt fühlen und in Gedanken, die ihr Auge von den Niederungen des Lebens ablenken, Trost und Erhebung finden, wenn irdische Leiden sie heimsuchen. Nur völlige Verkennung des Lebens und den Lehren der Wissenschaft widerstreitende Gesichtspunkte können die wichtige Function des Rechtes leugnen, unter dessen Schutz allein die ethischen Mächte bestehen und wirken können.

Hat sich nun ergeben, dass die ethischen Mächte eine ganz bestimmte Function üben — eine Erkenntnis, der wissenschaftliche Evidenz zukommt, da sie ohne Einbeziehung speculativer Gesichtspunkte gewonnen wurde —, so erhebt sich die Frage, wie diese Function geübt wird. Eine Antwort ist nur möglich, wenn man sich von dem Menschen, der sich als das Product der von dem Wirken der ethischen Mächte beeinflussten Entwickelung darstellt, alle diejenigen Eigenschaften hinwegdenkt, die er erst durch diese Entwickelung erlangt kat. Damit entkleidet man ihn aller altruistischen Gefühle. Nicht in dem Sinne, als ob man leugnete, dass die ethischen Mächte sich von Anbeginn in und mit den Menschen entwickelt haben, und als sollte behauptet werden, es hätte eine Zeit gegeben, in der Menschen lebten, die nicht einmal von sinnlichen socialen Instincten beherrscht waren.

Wenn man die noch heute lebenden Menschengruppen auf niedrigster Culturstrafe betrachtet, und wenn man einen Blick auf

die Zeiten wirft, wo das Recht ohnmächtig geworden ist, wird es klar, dass die ethischen Mächte zu Beginn ihrer Entwicklung eine nachweisbare Wirksamkeit noch nicht entfaltet haben können. Und vollends lehrt die Betrachtung der Criminalität, die heute noch herrscht, und die noch herrschen kann, trotzdem alle heute lebenden Menschen das Product einer unabsehbare Zeiträume umspannenden Fortbildung und der Wirksamkeit der ethischen Mächte sind, dass man sich den Menschen, der im allerersten Stadium der Entwickelung steht, nicht anders vorstellen kann, als ein wesentlich nur von egoistischen Trieben beherrschtes Lebewesen. Bedarf es ja doch heute noch des „zwingenden" Rechtes, obwohl die moralischen und religiösen Vorstellungen so tief eingewurzelt sind. Und wie erst in einer Zeit, wo von einer ethischen Macht in ihrer jetzigen Gestalt nicht die Rede sein kann! Es gilt vielfach als zweifellos, dass alle socialen Normen von der Familie und den aus ihr entstandenen engeren Verbänden ausgegangen sind. Dass aber die Menschen die Normen freiwillig befolgten, kann in den Urzeiten bloss für diese engeren Kreise, nicht für alle Menschen angenommen werden. Man kann nicht behaupten, dass sich die Geltung dieser Normen mit der Familie selbst ausbreitete. Denn die Ausbreitung lockert nothwendig den Zusammenhang und das Bewusstsein der Zusammengehörigkeit. Es liegt kein zureichender Grund vor, anzunehmen, dass die Menschen in den ersten Zeiten der Entwickelung und Fortbildung die Interessen auch ihrer Feinde zu achten geboten und zu achten gewillt waren, wie heute die ethischen Mächte fordern.

Zudem können die ethischen Mächte auf den Menschen denkbarerweise nicht auf solche Art gewirkt haben, dass sie seine ursprüngliche Anlage in ihr Gegentheil verkehrten. Es ist die innerste Natur des Menschen von jeher wie heute, dass er egocentrisch veranlagt ist, dass er immer nach Lust strebt. Die Aussage, dass der Mensch egoistisch ist, kann wohl kaum, wie Simmel Einl. I, 135, anzunehmen scheint, als nichtssagend angesehen werden: „Dass der Egoist seinen eigenen Interessen nachgeht, heisst im Grunde nur, dass er will, was er will." Sie ist nicht ein identischer, sondern ein analytischer Satz, der die innerste Natur des Willensactes erst klarlegt. „Ich will" heisst: „Ich strebe aus Unlust nach Lust" (diese Worte in rein relativem Sinne genommen).

Man muss sich hüten, die verschiedenen Bedeutungen, in denen das Wort Egoismus in der Literatur gebraucht wird, zusammenzuwerfen. Sofern „Egoismus" besagt, dass der Mensch immer nach

Lust strebt, ist gegen den Satz: der Mensch ist schlechthin egoistisch veranlagt, nichts einzuwenden. Stellt man ihn aber in Gegensatz zum Altruismus, so bedeutet er das Streben, die Lust auch auf Kosten fremder Interessen wahrzunehmen, während der Altruist fremde Interessen unangetastet lässt. Bildet der Egoismus in seiner zweiten Bedeutung den conträren Gegensatz des Altruismus, so stellt er in seiner ersten Bedeutung den Oberbegriff zum Egoismus in des Wortes zweiter Bedeutung und zum Altruismus dar. Danach ist der Altruismus nur ein auf Umwegen begriffener Egoismus, indem der Mensch seine Lust darin erblickt, die Interessen der Mitmenschen unberührt zu wissen, ja vielleicht zu fördern. Der Altruismus ist in diesem Sinne nur die Bestimmung eines gewissen Inhalts des egoistischen Strebens, nicht das Gegentheil des Egoismus i. w. S. In dieser Bedeutung soll auch das Wort Altruismus hier verstanden werden. Die Function der ethischen Mächte ist nicht, das Streben nach Lust zu bekämpfen, sondern nur, dem Streben einen bestimmten Inhalt zu geben. Die Normen bekämpfen die Naturgesetze nicht; das normgemässe Wollen bildet vielmehr selbst einen Bestandtheil des natürlichen Verlaufes der Dinge; die befehlende Macht ruft nur einen Selectionsprocess unter den nach den Naturgesetzen als möglich gedachten Bethätigungen hervor (Windelband, Prael. S. 224).

Es ergeben sich sonach die Sätze:

1) Der Wille des Menschen ist seiner innersten Natur nach Streben aus Unlust nach Lust.

2) Denkt man sich die ethischen Mächte von den Menschen hinweg, so entfällt jeder vernünftige Grund, anzunehmen, dass die natürliche Organisation den Menschen zu einer Haltung determiniert, die die Interessen der Mitmenschen, und zwar aller Mitmenschen schlechthin berücksichtigt.

Es kann nicht verwehrt sein, die aufgestellten Sätze zum Ausgangspunkt einer auf Allgemeingiltigkeit Anspruch erhebenden Erörterung zu nehmen. Und sollten sich selbst Bedenken dagegen erheben, so wäre doch immerhin hypothetisch von ihnen auszugehen.

Ist den ethischen Mächten die Function, die Interessen der zusammenlebenden Menschen zu schützen, vindiciert, und zeigen die Beispiele aus der Geschichte, dass, wenn infolge des Wegfalls des zwingenden Rechtes die übrigen ethischen Mächte nicht die Kraft haben, den Menschen zur Achtung fremder Interessen zu bestimmen, dass vielmehr das Faust- und Fehderecht an seine Stelle tritt, so ist damit die egoistische Veranlagung der Menschen auch in dem

Sinne, dass sie ohne die Wirksamkeit der ethischen Mächte fremde Interessen nicht achten, dargethan. Bedenkt man weiters, dass die ethischen Mächte nicht vom einzelnen isolierten Menschen ausgegangen sind, sondern dass ihr Ursprung in der Gemeinschaft liegt, so erscheinen sie als diejenigen Factoren, die an den Einzelnen in letzter Linie als eine ihm fremde, objective Macht herantreten und ihn zwingen, die Interessen der Mitmenschen wahrzunehmen, indem sie seine Handlungsfreiheit einschränken.

Es ist eine transscendente Vorstellung, die im Gebiete der Wissenschaft einen Platz nicht beanspruchen kann, dass dem Einzelnen gemäss seiner urspünglichen individuellen Organisation eine innere Kraft eigne, aus sich heraus, ohne tieferliegende Ursache, eine willkürliche Thätigkeit zu entfalten, eine Kraft, die ihn befähigte, die Interessen der Mitmenschen auch ohne die Wirksamkeit der ethischen Mächte wahrzunehmen.

## § 6. Die ethischen Mächte.

§ 6. Die ethischen Mächte

Bereits die Lehrer des Naturrechtes haben das Recht nicht isoliert, sondern im Zusammenhange mit der Moral behandelt, indem sie den Rechtspflichten die Tugendpflichten zur Seite stellten und eine innere Connexität der beiden Gebiete construierten. Es bedurfte nur des Fallenlassens der von den Schriftstellern der Behandlung beigemengten metaphysischen Lehren, um den Weg zur richtigen Methode zu finden. Die Einbeziehung der Religion und der Sitte endlich vervollständigt das Feld der Betrachtung. Manche Schriftsteller allerdings behandeln das Recht vorwiegend im Vergleich mit den „Conventionalregeln", andere stellen die Religion allein oder die Moral allein dem Rechte zur Seite. Die Zusammenstellung aller vier Mächte rechtfertigt sich vor allem im Hinblick auf die gemeinsame Genese der Mächte. Hat auch die Religion eine zum Theile wesentlich andere Wurzel, so sind doch die religiösen Normen, die das Zusammenleben mit den Menschen betreffen — und gerade diese kommen hier in Betracht —, in innigstem Zusammenhang mit den Normen der Sitte und der Moral entstanden. Im Bewusstsein der Menschen sind alle Normen, die die pflichtenbegründenden Mächte ausmachen, auf's engste verschmolzen.

Sofern die Angehörigen des Volkes die rechtlichen von den moralischen und religiösen Vorstellungen nicht zu trennen vermögen und das Pathos der moralischen Beurtheilung auch auf das Gebiet

des Rechtes übertragen, erscheint auch das Recht als ethische Macht; es ist umsomehr als solche zu bezeichnen, als es allein die Moral und die Religion schützt und fördert, ja selbst manche Normen aus ihrem Gebiet zu seinen eigenen Normen erhebt, um die geltenden Urtheile zu befestigen und damit den Interessen der Menschen besser zu dienen. Den Menschen erscheint das Recht als die Verwirklichung einer erhabenen Idee.

Dass auch die Sitte mit Fug als ethische Macht bezeichnet werden kann, wird Jeder zugeben, der in ihr eine wichtige Stütze der Ordnung, ja die Grundlage der Moral erkennt, und der gleich Jhering in ihren Normen nicht ein überflüssiges Statuieren, das leere Aeusserlichkeiten zum Gegenstande hat, sondern einen tiefen Gehalt erblickt. Vollends ist es nicht möglich, die Vorschriften der Sitte haarscharf von den moralischen Normen zu scheiden. (Der Deutlichkeit halber sei bemerkt, dass das Wort: ethisch im weitesten, dagegen die Ausdrücke: Moral und Sittlichkeit synonym, im engsten Sinne gebraucht werden.)

Die Vorschriften der Aesthetik, der Logik und der Grammatik bleiben vom Vergleiche ausgeschlossen; nicht als wenn sie für das sociale Leben ohne Bedeutung wären. Es ist jedoch die Tendenz der Universalität, die ihnen abgeht, und die den als ethisch characterisierten Mächten allein zukommt. Sie zwingen nicht Alle unwiderstehlich in ihren Kreis, man spricht in ihrem Bereiche nicht von Pflichten, wie man von Rechts- und moralischen Pflichten spricht, sondern höchstens von „Anforderungen". Zudem ist ohnedies eine Confundierung der Gebiete ausgeschlossen, so dass man wohl darauf verzichten kann, sie in den Kreis der vergleichenden Betrachtung zu ziehen.

Als die den ethischen Mächten gemeinsamen Momente haben sich ergeben: die gleiche logisch-psychologische Structur als geistige Function in den Menschen, der normative, pflichtenbegründende Character und die Function, die Interessen der zusammenlebenden Menschen zu schützen.

Sollen nun die Mächte einer Vergleichung unterworfen werden, die bedeutungsvolle Resultate für die Jurisprudenz ergibt, so muss die Vergleichung vor allem wissen, was sie anstrebt. Der Zweck der Vergleichung ist, höhere, weitere Begriffe zu finden, unter die die letzten specifisch-juristischen Begriffe subsumiert werden können.

Damit die Vergleichung überhaupt richtig sei, dürfen die Mächte nicht schlechthin einander coordiniert, und darf, was bloss der einen begrifflich zukommt, nicht ohne weiters von den anderen ausgesagt

werden. Es ist vielmehr durch alle Mächte eine Linie zu ziehen, welche sie an denjenigen Stellen trifft, die eine Messung mit gemeinsamem Maasse zulassen. Alles Incommensurable bleibt vom Vergleiche ausgeschlossen. Mögen auch gerade die Merkmale, welche den incommensurablen Theilen angehören, vom Standpunkt des einzelnen Individuums und der betreffenden ethischen Macht das ihr gerade Wesentliche darstellen, das ihr die specifische Färbung verleiht, die sie von den anderen abhebt, so müssen diese besonderen Eigenthümlichkeiten dennoch fernbleiben.

Da die vorgesetzte Aufgabe gerade darin besteht, für die Rechtswissenschaft Ergebnisse zu erzielen, ist es erforderlich, von denjenigen Merkmalen auszugehen, die sich bisher als für das Recht wesentlich ergeben haben:

1. Das Recht ist objective Macht: als Motiv im Widerstrebenden, und subjectivierte objective Macht: als Rechtsbewusstsein;

2. Auch als objective Macht ist es zwar in letzter Linie Product der Gemeinschaft; wesentlich aber ist dem entwickelten Rechte der bewusste Gesetzgeber;

3. Es besteht ausschliesslich in Beziehungen zwischen einzelnen Menschen.

Vor allem müssen die incommensurablen Bestandtheile ausgesondert, und muss an der Hand der bereits festgestellten gemeinsamen Merkmale geprüft werden, ob die für das Recht gefundenen Merkmale, bezw. in welcher Gestalt sie in den anderen Mächten wiederkehren. Dann wird sich ergeben, in welchem Sinne der Begriff der Beziehung zu verstehen ist, und inwieferne das Recht mit den anderen ethischen Mächten in eine Linie gestellt werden kann. Erst dann ist die Basis gegeben, auf welcher die Begriffe der Norm und der Pflicht construiert werden können.

Zunächst kommen die Mächte darin überein, dass sie Regeln aufstellen (besser gesagt, in Regeln bestehen), die, sei es mittelbar, sei es unmittelbar, die Function üben, das Zusammenleben der Menschen vor Collisionen zu bewahren. Sofort aber treten sie auseinander. Die Moral und die Religion scheinen zunächst das Verhalten des Einzelnen nicht in der Richtung auf seine Mitmenschen zu regeln. Sie schaffen eine Beziehung des Menschen zu einer über allen Einzelnen schwebend gedachten Macht, zu einer Vorstellung, und lassen so die Fäden, die ihn mit den anderen Menschen verknüpfen, sich von diesen ablösen und in einer gleichsam übermenschlichen Hand, der Gottheit und dem Sittengesetze, zusammenlaufen. Diese Tendenz, das Relative in das Absolute zu projicieren,

das innerlich Gegebene in die äussere Sphäre zu verlegen, ist dem naiven Geiste so eigen, dass er, wenn auch in weniger entschiedener Weise, auch die Sitte und das Recht in das metaphysische Gebiet schmuggelt, fernab von dem realen Boden und von den Menschen, sodass sich ihm die ethische, social entstandene und socialwirkende Macht als ein Erzeugnis höherer Gewalten im Menschen darstellt. Die Pflicht erscheint nicht als der Ausläufer der Norm; sie entsteigt der Brust des Einzelnen, der sie fühlend anerkennt, und beginnt ein von den Menschen unabhängiges absolutes Dasein: „die Pflicht gebietet". Scheint die Sitte zu fordern, man möge unterlassen, was sich „an sich" nicht ziemt, und scheint man sich, wenn einem Rechtssatze zuwidergehandelt wird, nicht gegen die Mitmenschen, sondern gegen den „Staat", die „Rechtsordnung" zu vergehen, so führt die Auffassung bei Moral und Religion insoferne zu bemerkenswerten Consequenzen, als aus ihr Regeln abgeleitet werden, die — und das ist auch theilweise im Gebiete der Sitte der Fall — mit dem Zusammenleben der Menschen unmittelbar nichts zu thun haben. So kann sich auch der vielberufene Robinson in seiner Einsamkeit an das Sittengesetz gebunden fühlen; und wenn sich der Katholik Charfreitags des Fleischessens enthält, oder wenn er die österliche Beichte ablegt, scheint solches Verhalten die Mitmenschen durchaus nicht zu berühren. Damit aber schwindet das Moment der Beziehung zu den Menschen.

Es leuchtet unmittelbar ein, dass solche Eigenthümlichkeiten für die Vergleichung nicht in Betracht kommen. Dass die Religion, um überhaupt wirksam zu sein, einen Glauben an die befehlende Instanz fordert und voraussetzt, und dass sie dem Glaubenden eine Weltanschauung suggeriert, geht die Betrachtung nichts an. Nur insoferne sie in sociale Regeln ausmündet — und welche Religion oder religionsähnliche Weltanschauung, wie etwa der Buddhismus, führte nicht ein Gefolge solcher Vorschriften mit sich? —, tritt sie in den Kreis der Betrachtung. Und insoferne sich die Moral nicht unmittelbar auf das Nebeneinander der Menschen erstreckt, sondern Regeln enthält, die das isolierte Individuum zu ergreifen streben, wie etwa alle diejenigen, welche Pflichten des Menschen „gegen sich selbst" statuieren, ist sie nicht in Anschlag zu bringen. Derartige Vorschriften, die nur das Individuum ergreifen und für das Zusammenleben der Menschen nicht unmittelbar von Bedeutung sind, finden sich im Rechte nicht, sondern nur im Gebiete der anderen ethischen Mächte. Der Grund dieser Erscheinung liegt darin, dass das Recht einen bewussten irdischen Gesetzgeber kennt, die anderen Mächte dagegen eines solchen ermangeln. Der religiöse

„Gesetzgeber" auf Erden ist ja stets nur Interpret der überirdischen Normen.

Zur Zeit, als das Recht noch nicht in die Sphäre bewusster Satzung gerückt war, entbehrte es gleich den anderen Mächten seines utilitaristischen Characters. Die Function, die Interessen der Menschen zu schützen, übt es als bewusste erst mit dem Momente, als es dem Gebiete der Geltung aus blosser Gewohnheit entrückt war; freilich erscheint es nicht insoferne entrückt, als der Gesetzgeber völlig nach Belieben schalten, eventuell das ganze Recht aufheben könnte. Aber er reguliert die Bestimmungen mit dem bewussten Zwecke, hiemit die Beziehungen zwischen den Menschen zu regeln und ihre Interessen zu schützen. Das Recht insoferne utilitaristisch, vom Standpunkte eines zweckstrebenden Gesetzgebers betrachten, heisst, es richtig betrachten; in die anderen Mächte dagegen den Zweckgedanken einbringen, heisst die immanente Teleologie in äussere wandeln, rationalisieren.

Mit dem Momente, als das Recht der Satzung anheimfiel, trat es in gewisser Hinsicht aus dem Entwickelungsgange, den es mit den anderen ethischen Mächten bis dahin gemeinsam hatte, aus. Die Mächte, die, von der Gemeinschaft ausgehend, dem Einzelnen ursprünglich als fremde, objective gegenübertraten, giengen mit den Individuen eine innige Verbindung ein. Ihrer Natur nach den einzelnen Individuen fremd, fanden sie Aufnahme in dem Innern des Menschen. Ungehindert nahm dieser Process seinen Fortgang. Die Verschmelzung wurde eine so innige, die Vererbung der Denk- und Urtheilsgewohnheit, wie der psychischen Reactionsweise eine so intensive, die Fähigkeit und der Hang des Menschen, mit seinem Maasse die Handlungsweise der Mitmenschen zu messen, derartig entwickelt, dass, was ehedem als äussere Bindung erschien, jetzt zur inneren Fessel wird, so dass in dem Inneren der Nachkommen selbst entsteht, was den Voreltern als Zwang von aussen erschien. Die wenig ausgeprägte Individualität der ältesten Menschen, die mit allen Fasern der Gruppe angehörten, übernahm das Ererbte als kostbaren Schatz, die Erziehung bewährte das Ueberkommene, und der gereifte Mann fand seine Ueberzeugung an dem Glauben der Genossen bestätigt und befestigt.

Dieser Process der Verinnerlichung der dem Individuum ursprünglich fremden Mächte, die nicht, wie transscendente Vorstellung annimmt, a priori subjective, sondern in Wahrheit nur subjectivierte Mächte sind, und dessen nähere Erforschung und Reconstruction die vornehmste Aufgabe der Moralwissenschaft bildet, ist für die Vergleichung der ethischen Mächte von grosser Wichtigkeit.

Zum Wesen der Religion gehört es, die gegen die Normen verstossenden Handlungen als gegen die Gottheit gerichtet anzusehen; bei der Moral ist die Richtung gegen das Sittengesetz, bei der Sitte gegen die Regeln der Sitte als gegen absolute Gebote gegeben. Vom Standpunkte des handelnden Individuums besehen verstösst die Handlung gegen das religiöse, moralische „Gewissen" und richtet sich auch der Verstoss gegen die Sitte gegen die Innerlichkeit des Handelnden selbst.

Zwar enthalten auch alle diese ethischen Mächte einen Fingerzeig nach den Mitmenschen; aber er erscheint, vom Standpunkte dieser Mächte besehen, deren Antlitz sich vor allem der transscendent objectiven und der rein subjectiven Seite zuwendet, nicht wesentlich.

Auch die Rechtsnormen werden vielfach absolut gesetzt, weil sie im Bewusstsein des Menschen — wenigstens, was die wichtigsten Vorschriften betrifft — mit den moralischen und religiösen Normen in eins gezogen werden. Dass aber der rechtliche Gesetzgeber das Zusammenleben der Menschen in bewusster Weise fördert und diese seine Thätigkeit sichtbar vor aller Augen ausübt, verhindert, dass die befehlende Instanz im Rechtsgebiete in der Weise transscendent gefasst wird, wie es im Bereiche der anderen Mächte geschieht; es findet vielmehr nur eine gedankliche Objectivierung statt, indem man sich das in der That nur als Function gegebene Gebilde: Staat, Rechtsordnung, das nur eine abstracte Einheit ist, als reale Einheit, substantiiert denkt.

Hat sich die Wissenschaft den transscendenten Vorstellungen gegenüber schlechtweg incompetent zu erklären, so hat sie die objectivierenden Vorstellungen als solche auf ihren Inhalt zu prüfen, bevor sie dazu Stellung nimmt, d. h. auf logischem analytisch-synthetischem Wege aufzuweisen, welche Gedankenprocesse zu der Vorstellung führten. Für sie bleiben die ethischen Mächte stets sociale Producte, unter denen das Recht allein einen bewussten Gesetzgeber kennt, der nunmehr die Quelle des Rechtes als einer objectiven Macht verkörpert.

Für die formale Feststellung der Begriffe Norm und Pflicht hat die subjective Seite der Mächte, wie betont, zunächst ausser Betracht zu bleiben. Ist ja doch auch für die Geltung der formell richtig erlassenen Rechtsnorm die Stellung, die der einzelne Rechtsunterworfene zu ihr einnimmt, völlig gleichgiltig. Nur als objective Mächte kommen sonach die ethischen Mächte für die Vergleichung in Betracht. Daraus ergibt sich unmittelbar, dass die Feststellung der beiden Begriffe mit der Gegen-

überstellung zweier Willen zu beginnen habe, deren einer die befehlende Instanz, deren anderer das von der Norm betroffene Subject darstellt.

Der Verinnerlichungsprocess erstreckte sich zwar zuvörderst auf die Moral. Da aber die anderen Normen von den moralischen in der Psyche der Menschen nicht getrennt sind, so erfasste der Process auch die übrigen Mächte; die Wirkung auf dem Gebiete des Rechtes bestand darin, dass sich ein Rechtsbewusstsein bildete, und dass damit dem Recht selbst die höhere Weihe zu theil wurde, die ursprünglich nur der Moral zukam. Unbeschadet der mit der Verinnerlichung gegebenen Subjectivierung der ethischen Mächte zeigt sich ihr objectiver Character — abgesehen von den transscendenten und objectivierenden Vorstellungen von der befehlenden Instanz und ihrer Bedeutung für das Zusammenleben der Menschen — in der Reaction, die normwidriges Verhalten bei den Menschen wachruft. Die Folgen pflichtwidrigen Verhaltens treten in der inneren Sphäre und in der äusseren Sphäre völlig parallel auf: dort als die Nachwirkung des mit der Setzung der normwidrigen Willensbethätigung freigewordenen, während des Handelns zurückgedrängt gewesenen Gegenmotives als Reue, Aerger, Scham in den Regungen des religiösen, des sittlichen und des Rechts-Bewusstseins, hier, transscendent als Zürnen der Gottheit, objectiv als vom „Staat" verhängtes Uebel, bezw. auf dem Gebiete aller Mächte als missbilligendes Urtheil der Genossen.

Es leuchtet unmittelbar ein, dass sich die Vergleichung, nachdem es sich um die lediglich formale Feststellung der Begriffe Norm und Pflicht handelt, nicht auf den Inhalt der Normen zu erstrecken hat, sondern lediglich die Art der Wirksamkeit ins Auge fasst.

Es hat sich weiters ergeben, dass das Recht, sobald es der Sphäre der unbewussten Function entrückt ist, den Menschen, formal genommen, als rein objective Macht entgegentritt, und dass es sich, unbekümmert um das Denken und Fühlen des Einzelnen, nur auf die äussere Handlung erstreckt. Für die Vergleichung ist sonach die Thatsache, dass die Moral nicht nur schädliches Thun äusserlich zu meiden gebietet, sondern den Gefühlen selbst Richtung zu geben sucht, als nebensächlich anzusehen. Nur insofern sich ihr Appell an die Innerlichkeit des Menschen als Mittel zum Zwecke der Regelung des äusseren Thuns darstellt, kann sie dem Rechte zur Seite gestellt werden. Das Gebot: Liebe Deinen Nächsten, bedeutet hier sonach nichts, als: Achte seine Interessen.

Abgesehen von der Spaltung der Moral in die beiden Gebiete der objectiven und der subjectivierten Moral — eine Spaltung, die, wie sich gezeigt, im Bereiche aller Mächte wiederkehrt —, theilt sich die Moral noch in zwei Aeste, in die heteronome und in die autonome Moral — eine Scheidung, die sich theilweise mit derjenigen in eine objective und eine subjective Seite deckt. Die heteronome Moral kann bereits verinnerlicht sein, die autonome Moral ist bloss als nach dem Processe der Verinnerlichung möglich zu denken. Die erstere Scheidung bezieht sich nur auf die Form, die zweite auf die Form und den Inhalt der Normen.

Erblickt die heteronome Moral den Gesetzgeber in den Mitmenschen und den umlaufenden, in aller oder fast aller Menschen Munde wiederkehrenden Werturtheilen oder, in Vollziehung der Objectivation, im Sittengesetz, kurz in einer ausserhalb des verpflichteten Subjectes gegebenen Instanz, so erscheint als Gesetzgeber im Bereiche der autonomen Moral das Individuum selbst; die autonome Moral ist der letzte Ausläufer des Verinnerlichungsprocesses und zugleich ein Schritt über das Gebiet der Moral hinaus. Der Appell an das Gefühl, den die heteronome Moral erlässt, stösst auf den Widerstand des Intellects. Das Individuum räumt den ihm suggerierten Gefühlen und Vorstellungen nicht unbeschränkte Macht ein. Die gerade unter dem ordnenden und schützenden Einfluss der ethischen Mächte herangereifte Intelligenz bäumt sich gegen die starre, unbedingte Herrschaft heischende Norm auf. Die oft übermässig harten Urtheile der blind nivellierenden heteronomen Moral erscheinen dem Prüfenden als ungerecht und einer Correctur bedürftig. Insoferne nun in dem Ueberprüfen der Normen das Bestreben des Menschen zu erblicken ist, das Ererbte und Anerzogene in bester Absicht zu corrigieren, als dem Stumpfsinn der gedankenlosen Anbetung des Geltenden das überlegene Denken entgegentritt, und als seelische Conflicte dem nach Wahrheit und Durchgeistigung Ringenden eine um so höhere Weihe verleihen, als das Streben darnach geht, die errungenen Maximen mit Unterdrückung der erbgesessenen, so schwer niederzukämpfenden Gefühle und Neigungen zum Besten der Mitmenschen als Leitstern des Lebens zu setzen, erblicken Viele in der autonomen Moral die höchste Stufe sittlicher Vollkommenheit, ja die einzig wahre Moral. So sagt Binding (Normen I 320, Note 7): „Der nicht prüfende Gehorsam gegenüber den sittlichen Anschauungen der sogen. öffentlichen Meinung steht auf einer sehr geringen Stufe sittlichen Wertes. Die Sittlichkeit einer Handlung besteht in ihrer Uebereinstimmung mit dem Gewissen des Handelnden."

Hierbei wird übersehen, dass die autonome Moral in einer individuellen Hinwegsetzung über die Gebote der Moral im stricten Sinne, die begrifflich eine das Glied der Gemeinschaft erfassende Macht dar stellt, besteht, und dass solche Emancipation nicht gerade zu einer Unterwerfung unter Maximen führen muss, die die Mitmenschen fördern heissen, sondern möglicherweise auch zu thörichten, ja überaus gefährlichen Bestrebungen verleiten kann, deren Bethätigung, wenn der Handelnde nur die Ueberzeugung für sich hat, consequenterweise ebenfalls als Ausfluss höchster Moralität angesehen werden müsste, sollten dabei auch die allgemein geltenden Urtheile auf den Kopf gestellt, und die Interessen der Mitmenschen in schnödester Weise missachtet werden. Gerade dadurch, dass sie von den Individuen ausgiengen, gelangten manche Philosophen, wie Stirner und Nietzsche, zur Verneinung der Moral, und folgerichtig müssen die Individualisten nothwendig zur Negierung der ethischen Mächte überhaupt gelangen. In der Verherrlichung der autonomen Moral liegt eben in Wahrheit die Leugnung der Moral im Sinne bindender Normen zur Förderung des Zusammenlebens der Menschen. Das Recht der autonomen Moral vergleichend zur Seite stellen, hiesse an incommensurable Grössen einen Maassstab legen. Der moralische Autonomist ist der Anarchist auf dem Gebiete der socialen Sittlichkeit. Und wie sich das Recht nur solange als solches bewähren kann, als es sich gegen den richtet, der es negiert, so ist die Moral nur insolange Moral, als ihre Verneinung vor ihrem Forum verdammt wird. Es ist bezeichnend, dass Jellinek, der das Völkerrecht durch Selbstverpflichtung der Staaten nach Analogie der „autonomen Ethik" entstehen lässt, zu dem Resultate gelangt, das Völkerrecht sei „anarchisches Recht". (Siehe unten § 15.)

Die autonome Moral hat demnach aus der Vergleichung auszuscheiden. Das Merkmal des Interessenschutzes mangelt ihr in gleicher Weise, wie das Moment der Objectivität.

Als objective und heteronome nur können mithin die ethischen Mächte dem Rechte zur Seite gesetzt werden. Damit ist festgelegt, dass die Feststellung der Begriffe Pflicht und Norm zunächst nur die lediglich egoistische, durch keinerlei Subjectivierung der Mächte und durch keinerlei Selbstgesetzgebung beeinflusste Natur des Menschen zu berücksichtigen hat. Nunmehr hat sich auch die dreifache Stellung des Menschen den Mächten, die zu beachten ist, ergeben.

Als Gruppenangehöriger betrachtet, d. h. als Mitglied einer Rechtsgemeinschaft auf einer höheren Culturstufe, in der die ethi-

schen Mächte in den einzelnen Menschen bereits Aufnahme gefunden haben, erscheint der Mensch insoferne, als er das Durchschnittsmass der Rechtsunterworfenen darstellt, also vom Standpunkt des Rechtes als subjectivierter Macht: als Träger des Rechtsbewusstseins; ferner in den anderen Gebieten: als der die Normen der heteronomen Moral Anerkennende, als der Gläubige auf religiösem, als der der Sitte Gehorchende auf dem Gebiete der Sitte.

Als Gattungsangehöriger schlechthin steht er, da der Verinnerlichungsprocess als das Resultat der Wirksamkeit der ethischen Mächte hinweggedacht ist, den Mächten als noch fremd gegenüber, die ihn, als objective Mächte, zu ergreifen streben. Von einer subjectiven Anerkennung der Normen kann noch nicht die Rede sein. Im Gebiete des Rechtes insbesondere erscheint als Gattungsangehöriger der dem Rechte als objectiver Macht Gegenüberstehende als Mitglied der Rechtsgemeinschaft.

Die einzelnen Mitglieder der Rechtsgemeinschaft sind auf höherer Culturstufe, im Verhältnis zum Gattungsangehörigen betrachtet, Individuen. Vom Standpunkte des Rechtes überhaupt erscheinen sie als Gruppenangehörige, als Träger des Rechtsbewusstseins, vom Standpunkte des Rechtes als objectiver Macht betrachtet, wieder lediglich als Gattungsangehörige. Sie werden aber auch für die objective Macht zu Gruppenangehörigen, wenn der Gesetzgeber daran schreitet, neue Gesetze zu erlassen. Denn dann treten sie als die Factoren auf, die dem Gesetzgeber das Durchschnittsmass liefern. Darin gibt sich abermals die Duplicität des Rechtes als subjectivierter und als objectiver Macht kund.

Als Individuum schlechthin erscheint der Mensch als Selbstgesetzgeber auf dem Gebiete der Moral, der Religion, der Sitte, und als Individuum erscheint der Mensch, sofern er die Normen des Rechtes übertritt. Nicht als Gruppenangehöriger übertritt der Mensch die Rechtsnormen; diese sind für den Gruppenangehörigen berechnet, um die Rechtsverletzung unmöglich zu machen. Der Gruppenangehörige kann daher, wenn anders die Rechtsnormen nicht irrig erlassen wurden und überhaupt gelten und wirken können — und nur das geltende Recht ist Recht im wahren Sinne —, die Rechtsnormen gar nicht übertreten. Ausschliesslich das Individuum handelt rechtswidrig. Nur weil das Recht, als von den Gattungs-, resp. Gruppenangehörigen ausgehend, sich um das isolierte Individuum principiell nicht kümmert, können die angedrohten, bezw. verheissenen Rechtsfolgen eintreten. Würde das Individuum in Betracht kommen, würde das Recht „individualisieren", so könnte von einer Strafe, aber auch von einer sonstigen „Unrechtsfolge" nicht die Rede sein. Soferne die

Individuen aber als rechtsschöpfende Factoren erscheinen, sind sie nicht Individuen im Sinne isolierter Individuen, sondern als Angehörige einer höher organisierten Gruppe. Der Gesetzgeber kann den lediglich individuellen Ansprüchen nicht in voller Weise Rechnung tragen, sondern nur den Durchschnitt aller berücksichtigen. Im modernen Rechtsstaate repräsentieren die verschiedenen parlamentarischen Parteien die isolierten Individuen, die ihrem Willen Aufnahme ins Gesetzverschaffen wollen; die über den Parteien stehende „objective" Regierung zieht durch die extrem auseinandergehenden Ansprüche eine Linie, indem sie in den gesetzlichen Bestimmungen alle Parteien in gleicher Weise, jede aber nur theilweise berücksichtigt. Freilich treten im thatsächlichen Verlauf der Ereignisse vielfache Trübungen dieser Erscheinung auf. Doch lassen sich diese nicht auf den Begriff des Rechtes zurückführen und vermögen denselben nicht zu tangieren. Die Ursachen liegen vielmehr in wesentlich anderen Erscheinungen beschlossen; es genügt ein Hinweis darauf, dass, wenn von Gemeinwillen, Anerkennung der Normen gesprochen wird, dies, wie betont, nur im allgemeinen Sinne zu verstehen ist. Die tiefgehenden Verschiedenheiten im Kreise der Rechtsunterworfenen lassen die Rechtsbegriffe nicht restlos in den Erscheinungen aufgehen.

Der wichtige Unterschied des Rechtes von den übrigen ethischen Mächten liegt — was die formale Seite betrifft — darin, dass das Recht allein einen bewussten Gesetzgeber kennt. Mit ihm ist eine Macht gegeben, die sich zweckstrebend bethätigt, und die nicht den einzelnen Menschen, sondern die Gemeinschaft ins Auge asst. Dies hat zur Folge, dass sich die Rechtsnormen nicht nach den Individuen und von diesen modeln lassen, und dass sie sich nicht individualisierend und unaufhörlich, sondern generalisierend und in Etappen, nicht den Einzelnen, sondern der Gruppe anpassen.

Dass das Recht einen bewussten Gesetzgeber kennt, macht die doppelte Betrachtung des Rechtes: de lege lata und de lege ferenda möglich und nothwendig. Dass der Anpassungsprocess des Rechtes nicht in einem Ausgleich zwischen der ethischen Macht und dem isolierten Individuum besteht, hat zur Folge, dass das Recht de lege lata als objective Macht anzusehen ist. Generalisierender Betrachtung allerdings erscheint das positive Recht auch als subjective Macht, da das Recht begrifflich die Anerkennung der Normen seitens der Gemeinschaft voraussetzt. Da jedoch die abstracte Betrachtung von der subjectiven Seite deshalb absehen muss, weil auch die subjective Macht in letzter Linie objective und eben nur im Laufe der Zeit subjectivierte Macht ist, da ferner das Recht — soferne es

nur überhaupt gilt und wirkt — auch dann noch als Recht zu betrachten ist, wenn sich, während es noch gilt, die Anschauungen und Bedürfnisse, etwa, wenn lange Zeiträume seit dem Momente des Inkrafttretens verstrichen sind, wesentlich geändert haben, und da sich endlich das Recht auch den widerstrebenden Elementen gegenüber als solches bewährt, und da es ja überhaupt, solange es nur im Allgemeinen wirkt und als Seinsollendes gilt, nicht auf den Inhalt des positiven Gesetzes und die Stellung ankommt, die der einzelne Rechtsunterworfene ihm gegenüber einnimmt, kommt das Recht für die formale Construction als rein objective Macht in Betracht.

Die eigenthümliche Schwierigkeit der abstracten Rechtsbetrachtung liegt darin, dass sie weder de lege lata noch de lege ferenda, von anderer Seite besehen aber zugleich de lege lata und de lege ferenda betrachtet. Sie ist insoferne Betrachtung de lege lata, als von Recht überhaupt, im Gegensatze zu den Lehren des Naturrechtes, nur als von Normen, die im Gefolge einer positiven Gesetzgebung auftreten, gesprochen werden darf, nicht etwa in dem Sinne, dass das Recht mit dem formellen Gesetze schlechthin identisch wäre, sondern auch als von derogatorischem Gewohnheitsrecht. Dass auch dieses als objective Macht bezeichnet werden muss, gründet darin, dass sich auch seine Geltung allen Rechtsunterworfenen gegenüber, unbekümmert um ihre Individualität, bewährt; die abstracte Betrachtung ist aber insoferne Betrachtung de lege ferenda und als solche nicht de lege lata, als sie von den Eigenthümlichkeiten bestimmter, einzelner Rechtsordnungen absieht, weil sie eben die constanten Begriffsmerkmale des Rechtes erkunden will, die für jedes positive Rechtssystem zutreffen. Sie vermag daher auch dem Gesetzgeber nur bestimmte Anhaltspunkte zu geben, von denen er auszugehen hat; keineswegs kann sie ihm die Normen, die er zu erlassen hat, als fertige in die Feder dictieren: denn sie kennt nur die constante Seite des Rechtes, nur die eine Hälfte der Normen. Die andere Hälfte ergibt sich dem Gesetzgeber aus der Betrachtung der Anschauungen und Bedürfnisse, die zur bestimmten Zeit und am bestimmten Ort im Kreise der Gemeinschaft rege sind. Diese compromittieren mit den constanten Factoren des Rechtes.

Es besteht sonach kein Widerspruch, wenn früher festgelegt wurde, dass, für die abstracte Construction das Recht nur als objective Macht in Anschlag zu bringen ist, und sich nunmehr ergeben hat, dass das Mitglied der Rechtsgemeinschaft de lege ferenda als Gruppenangehöriger zu betrachten ist. Denn diese Betrachtung, die der Gesetzgeber anstellt, indem er die Mitglieder der Rechtsgemeinschaft

ins Auge fasst, ist, wie sich gezeigt hat, von der Betrachtung, die die constanten Rechtsmerkmale zu erkennen strebt, wesentlich zu scheiden. Nicht objectiv — was ja sinnlos wäre —, sondern eben subjectiv kommt der Gruppenangehörige de lege ferenda in Betracht, und zwar erscheint er hierbei nicht als Gruppenangehöriger hinsichtlich des geltenden Gesetzes, sondern als Träger neuer Anschauungen, bezw. geänderter Bedürfnisse, was eben eine Aenderung des Gesetzes zur Folge hat. Die Betrachtung de lege ferenda deckt sich eben mit der Betrachtung in abstracto nicht.

Ein Widerspruch besteht hier ebensowenig, wie wenn erklärt wird, dass gerade die lex lata, im Gegensatz zur lex ferenda, formell als lediglich objective Macht erscheint. Ist das Gesetz in formell giltiger Weise erlassen, dann gilt es ohne Rücksicht darauf, ob der Einzelne ihm widerstrebt oder nicht, sofern es nur überhaupt wirkt und im Allgemeinen als bindend anerkannt wird. Der Widerspruch ist nur scheinbar, da es sich einmal um die practische Geltung, das andere Mal um die theoretische Construction der Begriffe handelt. Ihm liegt die Schwierigkeit zu Grunde, dass die formale Construction von dem Satze ausgeht, dass Recht nur positives Recht ist, dass sie aber gerade nicht das einzelne positive Recht als solches behandelt, sondern das Recht in abstracto, das eben nur positives Recht, aber mit dem positiven Recht nicht schlechthin identisch ist. Denn es ist nur ein gedanklicher Extract aus allen positiven Rechten und daher gerade so, wie der Gattungs-, bezw. Gruppenangehörige, überall und, genau genommen, nirgends zu finden. Darum können auch die Aufstellungen, die die formale Construction ergibt, nie unmittelbar für die Praxis gelten. Es kann daher nicht schlechthin anerkannt werden, wenn Glaser gegen die Feuerbach'sche Theorie polemisierend erklärt: Ein Theoretiker, welcher zugeben müsste, dass seine Arbeiten für die Praxis keine Bedeutung haben . . . mag eine geistreiche Beschäftigung gewählt haben, juristische Theorie aber wird aus dieser Beschäftigung nie hervorgehen" (Kleine Schriften, S. 55).

So wenig etwa die Berechnung des Mechanikers, ein Körper von gewisser Schwere müsse mit einer bestimmten Schnelligkeit in der Richtung zum Erdmittelpunkte fallen, falsch oder unbrauchbar ist, weil sie in ihrer allgemeinen Aufstellung die Verschiedenheiten des Luftwiderstandes nicht berücksichtigt und daher genau genommen auf keinen einzigen der in der That gegebenen Fälle zutrifft, so wenig kann von der formalen Construction verlangt werden, dass sie die Wirklichkeit erschöpfend erklärt. Sie harrt, sobald es sich um die Feststellung der Begriffe in ihrer positiven

Verkörperung handelt, immer erst der Ergänzung von der subjectiven Seite her.

Damit aber ist der Unterschied in der formalen Structur gegeben. Wenn Religion, Moral und Sitte die Function, die Interessen zu schützen, üben, so liegt darin — vom Standpunkt aller einzelnen Menschen betrachtet — ein für diese Mächte unwesentliches Moment, das nur rationalistische Anschauung als den Zweck der Mächte ausgeben könnte. Nicht in der Richtung auf die Mitmenschen handelt in ihrem Bereiche der Einzelne. Der Mensch soll „Gott mehr gehorchen als den Menschen", er soll „unbekümmert um die Urtheile der Menschen", thun, was er als richtig erkannt hat. Der religiös und moralisch Handelnde wendet den Blick mehr nach oben und nach innen, als auf die Nebenmenschen.

Nicht so das Recht. Dem bewussten Gesetzgeber ist die interessenschützende Function des Rechtes der Ausgangspunkt seiner Handlungen. Es gibt keine Rechtsvorschrift, die nicht die Bestimmung hätte, Menschen zu dienen. Er verbietet und gebietet Handlungen ausschliesslich mit Rücksicht auf ihre Rückwirkung auf andere Menschen. (Die scheinbaren Ausnahmen werden später behandelt werden).

Die Beziehungen, die das Recht schafft, sind dem Rechte wesentlich. Die Beziehungen, die die übrigen ethischen Mächte zwischen den Menschen schaffen, können nicht als Zweck, sondern nur als Function angesehen werden. Das Recht dagegen führt den bewussten Zweck mit sich. Begriffswesentlich spinnen sich bei Religion, Moral Beziehungen zwischen Menschen und der Gottheit, zwischen Menschen und dem Sittengesetze, und Beziehungen zwischen den Einzelnen und ihrer Innerlichkeit, d. i. zwischen dem Gattungsangehörigen und dem Individuum. Die Folgen normwidrigen Handelns, die in der inneren Sphäre auftreten, sind begrifflich als Kampf des Individuums mit dem Gesellschaftswesen aufzufassen. Begriffswesentlich dagegen spinnen sich die Rechtsbeziehungen ausschliesslich zwischen Menschen und zwar als Gruppenangehörigen. Es wird keine einzige Rechtspflicht auferlegt, die nicht irgend einem Menschen zu gute kommen, die Interessen eines Menschen oder mehrerer oder aller zu schützen bestimmt wäre.

Die Vergleichung der ethischen Mächte ergibt demnach das Resultat:

1. Das Recht kommt für die formale Feststellung des Rechtsbegriffes lediglich als objective Macht in Betracht. Daher können ihm auch die übrigen ethischen Mächte nicht als subjectivierte, sondern lediglich als objective Mächte coordiniert werden. Insbe-

sondere darf dem Rechte nur die heteronome, niemals aber die autonome Moral zur Seite gestellt werden. Dem Rechte ist ein Individualisieren principiell fremd.

2. Jede Rechtsbeziehung ist, im Gegensatz zu den Beziehungen im Bereiche der übrigen ethischen Mächte, begrifflich eine Beziehung zwischen mindestens einem Verpflichteten und einem Berechtigten.

Bevor nun an die Analyse der Begriffe Norm und Pflicht geschritten werden kann, ist vorerst festzustellen, in welcher Weise die Rechtswissenschaft zum Problem der Willensfreiheit Stellung zu nehmen hat. Denn die Behandlung des Problems und das Bekenntnis zu einer der beiden gegenüberstehenden Lehren, die das Problem beherrschen, präjudiciert der Construction dieser Begriffe.

## § 7. Die Stellung des Rechtes zum Problem der Willensfreiheit.

§ 7. Die Stellung des Rechtes zum Problem der Willensfreiheit

Die Behandlung des Problems der Willensfreiheit im Rahmen einer formal-juristischen Erörterung kann richtigerweise niemals als Abschweifung vom gegebenen Thema angesehen werden, da es ganz undenkbar ist, dass ein Schriftsteller mit juristischen Begriffen operiert, ohne dass er zu dem Probleme — wenigstens unbewusst — Stellung genommen hätte. Selbstverständlich kann es sich nicht um eine erschöpfende Erörterung — die ja Bände füllen müsste — handeln. Nur soweit die Frage ins Spiel kommt, ob das Recht den Streit ignorieren könne, eventuell welcher Auflösung es sich anzuschliessen habe, und soweit es nöthig ist, herrschende Irrthümer aufzudecken, ist die Competenz zur Behandlung gegeben.

Das Problem lautet in seiner einfachsten Gestalt: Ist der Willensact des Menschen verursacht oder nicht? Da der Satz vom zureichenden Grunde „die Grundlage aller Wissenschaft" ist (Schopenhauer, Wurzel, § 4), kann ihn die Wissenschaft nicht a priori negieren, ohne sich selbst zu negieren. Ist der Mensch vermöge seiner geistigen Organisation nicht in der Lage, anzunehmen, dass irgend eine Veränderung in der empirischen Welt ohne Ursache erfolgt, so kann er auch nicht annehmen, dass ein Willensact grundlos entsteht. Eine Ausnahme von der Geltung des Satzes, von dem das Causalitäts- und speciell das Motivationsgesetz nur einen Anwendungsfall bildet, könnte erst dann zugegeben werden, wenn sie stricte bewiesen würde. Ein solcher Beweis liegt aber nicht nur nicht vor, sondern kann überhaupt nicht erbracht werden. Denn wer etwas beweisen will, setzt bereits voraus, dass es ihm möglich sei, auf die Psyche eines Menschen einzuwirken.

Und es ist nicht nur unbillig und gegen den Grundsatz verstossend, dass der Behauptende zu beweisen habe, sondern auch logisch unrichtig, dem Determinismus den Beweis zuzuschieben. So wenig die Willensunfreiheit widerlegt, so wenig kann sie bewiesen werden. Der Satz vom Grunde lässt sich nicht beweisen. „Jeder Beweis nämlich ist die Darlegung des Grundes zu einem ausgesprochenen Urteil, welches eben dadurch das Prädicat wahr erhält. Eben von diesem Erfordernisse eines Grundes für jedes Urteil ist der Satz vom Grunde der Ausdruck. Wer nun einen Beweis . . für ihn . . . fordert, . . . gerät in diesen Cirkel, dass er einen Beweis der Berechtigung, einen Beweis zu fordern, fordert" (Schopenhauer, Wurzel § 14). Insbesondere kann auch die Geltung des Causalitätsgesetzes für die menschlichen Willensacte nicht bewiesen werden. Denn wer Jemandem die Wahrheit eines Satzes beweisen will, geht — wie betont — von der angeblich erst zu beweisenden Annahme aus, dass es möglich sei, durch eine Aussage, also psychisch, auf die Innerlichkeit eines Menschen einzuwirken. Die Einwirkung soll ja gerade den Effect haben, dass der Angesprochene nunmehr für richtig hält, dessen Richtigkeit er früher bezweifelte. Man wende nicht ein, dass hiebei nur die Möglichkeit einer Einwirkung auf den Intellect, nicht einer Einwirkung auf den Willen vorausgesetzt werde. Angesichts der Untrennbarkeit alles psychischen Geschehens ist es unmöglich zu sagen, dass zwar auf den Intellect, nicht aber auf den Willen eingewirkt werden könne (vergl. Träger, Wille, S. 50 ff. und Jodl, Lehrb. der Psychol. 1896, III. Kap., Z. 41 ff.).

Eines derartigen logischen Beweises bedarf der Determinismus auch nicht, so wenig, als es nöthig ist, zu seiner Erhärtung auf statistische Daten oder etwa auf die Darwin-Haeckel'sche Hypothese hinzuweisen. Denn er ist ein Postulat der Wissenschaft, da er Denknothwendigkeit ist; seine Geltung „versteht sich von selbst" (Windelband, Prael. 1884 S. 218). Unverständlich ist, wenn Adickes (Eth. Pr. S. 167) lehrt, das Causalitätsgesetz sei nicht vernunftnothwendig und doch „ein Postulat, mit dem die Wissenschaft steht und fällt." „Das Naturgesetz: — sagt Kant (Kr. d. r. V. S. 435) — dass alles, was geschieht, eine Ursache habe . . . und dass folglich alle Begebenheiten in einer Naturordnung empirisch bestimmt sind, dieses Gesetz, durch welches Erscheinungen allererst eine Natur ausmachen und Gegenstände einer Erfahrung abgeben können, ist ein Verstandesgesetz, von welchem es unter keinem Vorwande erlaubt ist abzugehen oder irgend eine Erscheinung davon auszunehmen."

Es ist nicht richtig zu sagen, dass das Leben lehrt, dass alle Menschen schlechthin an die Willensfreiheit glauben. Sie fühlen sich zwar im allgemeinen — durchaus nicht immer — frei; nur unwissenschaftliche, sensualistische Denkart aber könnte diese Thatsache für einen Beweis des Frei-Seins halten. Was man glaubt, ist deshalb noch nicht wahr. Uebrigens ist — so lehrt das Leben — das Causalitätsgesetz „allen künstlichen Behauptungen zum Trotz die Grundlage unseres Verkehrs mit den Menschen ganz ebenso wie mit allen anderen Dingen" (Windelband, Prael. S. 213).

Auch darf man nicht, wie etwa Kleinfeller (K. V. S. Bd. 38, 1896 S. 105), vom Determinismus verlangen, dass er seine Berechtigung darüber ausweise, dass er von einem menschlichen Willensact spricht. Wer die Volition für verursacht erklärt, leugnet sie deshalb nicht. Im Gegentheil: der bejaht sie, denn man kann nicht etwas für verursacht erklären, was man als nicht existierend annimmt. Das Motivationsgesetz leugnet den Willensact ebensowenig, als das Causalitätsgesetz das Fallen des Steines negiert, wenn es sagt, dass der Stein nicht ohne Ursache fällt.

Insbesondere leugnet das Motivationsgesetz auch die Teleologie nicht. Denn die Lehre, dass der Willensact eine Ursache haben müsse, negiert keineswegs, dass er durch Zweckvorstellungen determiniert werde. Die Finalität steht mit der Causalität nicht im Widerspruch, denn „die Zweckthätigkeit ist nur eine besondere Form kausaler Wirksamkeit" (Wundt, Logik, 2. Aufl., 2. Abtl. S. 577; vergl. auch Sigwart, Logik I, 217).

Nachdem es sich im Bereiche des Problems immer nur um die Frage handelt: Ist der Willensact verursacht oder nicht?, so kann bloss mit Ja oder Nein geantwortet werden. Denn es leuchtet ein, dass ein Vorgang nicht theilweise verursacht, theilweise ursachlos sein kann. Eine Vermittelung zwischen den beiden einander contradictorisch gegenüberstehenden Principien ist nicht möglich. „Nur Schlaffheit des Denkens kann die Schärfe der Alternative zwischen Nothwendigkeit und Zufall verwischen." (Simmel, Einleitung I, 208). Heinemann meint in seiner Polemik gegen v. Liszt (GS. Bd. ILIX, S. 245): „Nicht immer geht der Determinismus redlich genug zu Werke, um anzuerkennen, dass seine Gegner von der unverbrüchlichen Nothwendigkeit alles Geschehens genau so überzeugt sind wie er selbst, . . . allein jenen äussersten Punkt ausgenommen, in dem die menschliche Seele geheimnisvoll, aber fühlbar genug, mit einer andersartigen höheren Welt . . . verknüpft ist. . . ." Es soll gewiss zugegeben werden, dass viele, vielleicht auch alle Anhänger der Willensfreiheit dieser Ansicht sind. In solcher Einräumung könnte

aber ein wertvolles Zugeständnis nicht liegen. Denn diese Ansicht übersieht ja gerade, dass es logisch durchaus unzulässig ist, eine Veränderung in der Welt der Erscheinungen für theils verursacht, theils unverursacht zu halten, und dass es nicht angeht, den ganzen Complex der Erscheinungen in zwei Gruppen, materielle und geistige, zu theilen, von denen die zweite Erscheinungen enthielte, die mit Nothwendigkeit zwar, aber eben mit einer geringeren Nothwendigkeit erfolgen, als die der anderen Gruppe. Wer vermöchte die Nothwendigkeit nach Graden abzustufen? (Oder will Heinemann die völlige Ursachlosigkeit des geistigen Geschehens annehmen?) Mit vollem Rechte betont die neuere Strafrechtswissenschaft die Ausschliesslichkeit der Alternative. (Hertz, Unrecht, 122; Löffler, Schuldformen I, 2; Thyrén, Abh. II, 42; Liepmann, Einleitung 165; M. E. Mayer, schuldh. Handl. 75.)

Dass sich die Wissenschaft angesichts der Alternative nur für die Determiniertheit des Willens entscheiden kann, ist klar. Denn ist es für jeden Menschen undenkbar, dass ein Act ohne Ursache erfolgt, so kann sich die Wissenschaft, deren einziges Bestreben ist, zu erklären, denkbar zu machen, d. h. eben auf Gründe zurückzuführen, nicht für das Undenkbare, die Grundlosigkeit entscheiden.

Hat man sich aber einmal für den Determinismus entschieden, so geht es nicht an, dasjenige zu leugnen, was sich mit logischer Nothwendigkeit daraus ergiebt. Nichts darf davor zurückschrecken, jede Consequenz voll und ganz zu ziehen, die gezogen werden muss. Ist die erste Annahme richtig — und sie ist es zweifellos, weil sie es sein muss, wenn Wissenschaft bestehen soll —, dann kann auch nicht unrichtig sein, was sich nach den Denkgesetzen aus ihr ergibt. Es besteht gar kein Grund zu fürchten, dass man zu unannehmbaren Folgerungen gelangt, wenn man logisch richtig vorgeht. Mag auch im ersten Moment der äussere Schein entstehen, dass die Lehre von der Willensunfreiheit gewisse Erscheinungen negiere, so ist dies keinerlei Beweis dafür, dass die erste Annahme unrichtig ist, sondern nur dafür, dass es eben genaueren Zusehens bedarf.

Der Determinismus, als ein Denkgesetz, leugnet nichts, als die Freiheit des Willens, er erklärt nur. Und zwar vermag er allein wissenschaftlich zu erfassen, was der indeterministischen Auffassung, welche denkwidrige, speculative Aufstellung ist, zu erklären nicht möglich ist. Bereits Schopenhauer rügte entschieden das Stehenbleiben des Determinismus auf halbem Wege: „Das Gesetz der Causalität ist nicht so gefällig, sich brauchen zu lassen, wie ein

Fiaker, den man, angekommen, wo man hingewollt, nach Hause schickt" (Wurzel § 20). Nichts hat der deterministischen Lehre mehr geschadet, als dass man den Gegnern Anlass gab, mit Binding zu sagen: „Seltsamerweise hat der die Freiheit leugnende Determinismus noch nie gewagt, seine . . . Folgerungen kalt und nüchtern zu ziehen" (Normen II, 21). Genau heisst es an dieser Stelle: „seine praktischen Folgerungen . . . zu ziehen." Binding bringt damit ganz zutreffend die im indeterministischen sowohl, als im deterministischen Lager so vielfach vertretene Ansicht zum Ausdruck, als müsse Derjenige, der die Ursachlosigkeit des Willens negiert, mit logischer Nothwendigkeit die Abschaffung oder zum mindesten eine Aenderung des Strafgesetzes oder irgend einer gesellschaftlichen Einrichtung beantragen. Solche als selbstverständlich und ohne Begründung aufgestellte Meinung zurückzuweisen, frommt einzig, den Determinismus in allen seinen — in keiner Hinsicht bedenklichen — Consequenzen mit logischer Präcision zu vertreten. Kant hat gerade den deterministisch gesinnten Criminalisten zugerufen: „Konsequent zu sein ist die grösste Obliegenheit des Philosophen." Von einem „nicht wagen" in dem Sinne, dass sich die Bekenner der Unfreiheit des Willens dem Vorwurf moralischer Depravation auszusetzen fürchteten, kann nicht die Rede sein. Es war von je das Vorrecht wahrhaft philosophischen Denkens, solchen Anwürfen mit stoischer Ruhe zu begegnen.

Wer die Ursachlosigkeit des menschlichen Willensactes negiert, muss sich logisch nothwendig zur Prädestinationslehre bekennen. Der Prädeterminismus ist nicht, wie Binding, Normen II, S. 10 ff., meint, ein Appendix, den man leugnen könnte, wenn man nur sonst auf der Willensunfreiheit besteht. „Unter den Ursachen in der Erscheinung kann sicherlich nichts sein, welches eine Reihe schlechthin und von selbst anfangen könnte." „So sind alle Handlungen des Menschen in der Erscheinung aus seinem empirischen Charakter und den mitwirkenden anderen Ursachen nach der Ordnung der Natur bestimmt, und wenn wir alle Erscheinungen seiner Willkür bis auf den Grund erforschen könnten, so würde es keine einzige menschliche Handlung geben, die wir nicht mit Gewissheit vorhersagen und aus ihren vorhergehenden Bedingungen als nothwendig erkennen könnten." (Kant, Kr. d. r. V., S. 436, 440.) Und Feuerbach erklärt: „Alles, was der Mensch thut, ist durch unabänderliche Naturgesetze vorherbestimmt."

Es ist sonach eine leere Ausrede, wenn man, wie z. B. Liepmann, Einl. 92, versichert, dass nicht „fremde Kräfte" den Menschen zum Wollen und Handeln bestimmen. Wenn heute schon alle Kräfte

wirksam sind, die den Willensact eines Menschen bestimmen, der erst nach tausend Jahren geboren wird, was soll da die Behauptung besagen, dass der Mensch „aus eigenen Kräften" will und handelt?

Immer wieder wird im deterministischen Lager versichert, dass der Mensch nicht einem „Zwange" weiche, wenn er handelt. Hierbei wird vorausgesetzt, dass von einer strafrechtlichen Zurechnung nicht die Rede sein könne, wenn der Mensch zum Wollen und Handeln gezwungen wird.

Gewiss zwingt nicht das Causalitätsgesetz, das ja nur Erkenntnis- und nicht Realgrund ist. Aber die Kräfte, die wirken, üben den Zwang. Freilich darf Nothwendigkeit und Zwang nicht schlechthin identificiert werden. Ein Mensch will und handelt ungezwungen, heisst, dass er sich seiner Persönlichkeit gemäss bethätigt, dass das Motiv, das zur Handlung führt, in ihm selbst liegt, dass die Handlung das adäquate Abbild der constanten Disposition ist, die mit der Verschmelzung der Apperceptionsmassen gegeben ist. Zwang im Gegensatz zu blosser Nothwendigkeit bedeutet, dass ein Impuls von aussen so heftig wirkt, dass er die Kraft der constanten Motive überwiegt. Die Deterministen pflegen diesen Unterschied als für die Zurechnungslehre bedeutsam hervorzuheben und vermeinen, es käme eben nur darauf an, dass der Mensch ohne solchen Zwang, mit „psychologischer Freiheit" gehandelt hat — eine sehr bequeme, aber nicht zutreffende Methode. Man übersieht hierbei, dass die formale Construction das Recht nur als objective Macht in Anschlag zu bringen hat. Deshalb kann eben für die Construction der Zurechnung der rein subjective Unterschied zwischen Zwang und Nothwendigkeit nicht in Betracht kommen. Objectiv betrachtet sind Zwang und Nothwendigkeit völlig identisch. Woher immer die Vorstellungen stammen mögen, auf Grund deren der Mensch will und handelt — und in der That stammen sie alle in letzter Linie aus der Aussenwelt —, stets will er mit derselben Nothwendigkeit. Der Zwang ist nicht etwa nothwendiger als die Nothwendigkeit, die Nothwendigkeit nicht weniger zwingend als der Zwang. Ob eine Handlung mit Nothwendigkeit oder Zwang erfolgt, hängt lediglich von der constanten Disposition des Menschen, seinem „Ich", seinem „Character" ab. Um dieses „Ich" jedoch kümmert sich das Recht als objective Macht nicht im mindesten. Denn es erfasst begrifflich nur den Gruppenangehörigen, es individualisiert durchaus nicht. Ob sich Jemand adäquat bethätigt oder nicht, wenn er etwa dem Verbote der Bigamie entgegen eine zweite Ehe eingeht, oder wenn er „an einem verbotenen Orte badet", hat noch kein Richter festzustellen versucht. Ist ja doch der Character die „grosse Unbekannte", die

höchstens aus den Handlungen nach rückwärts erschlossen werden könnte; man bewegt sich im Kreise, wenn man aus den Handlungen auf den Character und von diesem auf die Zurechenbarkeit der Handlungen schliesst. Und wie sollte eine Strafjustiz möglich sein, wenn der Richter vorerst das „Unbekannte" kennen lernen müsste?

In der That nun ist der Unterschied zwischen Zwang und Nothwendigkeit, so wichtig er auch sonst sein mag, für die formal-juristische Construction — nicht für das Recht überhaupt — völlig irrelevant. Die Sätze: Der Mensch handelt nothwendig, der Mensch muss handeln, der Mensch handelt gezwungen, sind, objectiv betrachtet, mit einander identisch.

Es ist sonach nichtssagend, im Bereiche der Zurechnungslehre von einer „psychologischen Freiheit" zu sprechen. Gegen Liepmann's (Einl. 91) Behauptung: „Brauchbar für die Grundlegung der Handlung ist für beide Parteien allein die allgemein zugestandene psychologische Freiheit", muss in zweifacher Hinsicht Protest erhoben werden. Die psychologische Freiheit ist weder brauchbar, noch auch als solche allgemein zugestanden. Sie war allerdings bereits zu Kant's Zeiten ein beliebtes Vehikel derer, die ohne sie nicht strafen zu können vermeinten. Aber gerade Kant wendet sich energisch gegen die Criminalisten, die auf sie die Zurechnung gründen:

„Wenn ich von einem Menschen, der einen Diebstahl verübt, sage: Diese That sei nach dem Naturgesetze der Causalität aus den Bestimmungsgründen der vorhergehenden Zeit ein nothwendiger Erfolg, so war es unmöglich, dass sie hat unterbleiben können; wie kann denn die Beurtheilung nach dem moralischen Gesetze hierin eine Aenderung machen, und voraussetzen, dass sie doch habe unterlassen werden können, weil das Gesetz sagt, sie hätte unterlassen werden sollen, d. h. wie kann derjenige, in demselben Zeitpunkte, in Absicht auf dieselbe Handlung, ganz frei heissen, in welchem und in derselben Absicht er doch unter einer unvermeidlichen Naturnothwendigkeit steht? Eine Ausflucht darin suchen, dass man bloss die Art der Bestimmungsgründe seiner Causalität nach dem Naturgesetze einem comparativen Begriffe von Freiheit anpasst, (nach welchem das bisweilen freie Wirkung heisst, davon der bestimmende Naturgrund innerlich im wirkenden Wesen liegt, z. B. das, was ein geworfener Körper verrichtet, wenn er in freier Bewegung ist, da man das Wort Freiheit braucht, weil er, während, dass er im Fluge ist, nicht von aussen wo durch getrieben wird, oder wie wir die Bewegung einer Uhr auch eine freie Bewegung nennen, weil sie ihren Zeiger selbst

treibt, der also nicht äusserlich geschoben werden darf, ebenso die Handlungen des Menschen, ob sie gleich durch ihre Bestimmungsgründe, die in der Zeit vorhergehen, nothwendig sind, dennoch frei nennen, weil es doch innere durch unsere eigene Kräfte hervorgebrachte Vorstellungen, dadurch nach veranlassenden Umständen erzeugte Begierden und mithin nach unserem eigenen Belieben bewirkte Handlungen sind), ist ein elender Behelf, womit sich noch immer Einige hinhalten lassen und so jenes schwere Problem mit einer kleinen Wortklauberei aufgelöset zu haben meinen, an dessen Auflösung Jahrtausende vergeblich gearbeitet haben." (Krit. d. prakt. V. S. 226). Ferner: „Wenn die Freiheit unseres Willens keine andere als die letztere (etwa die psychologische und comparative, nicht transscendentale, d. i. absolute zugleich) wäre, so würde sie im Grunde nichts besser als die Freiheit eines Bratenwenders sein, der auch, wenn er einmal aufgezogen worden, von selbst seine Bewegungen verrichtet" (ebenda S. 228).

Für die Begründung der Strafe ist strictissime daran festzuhalten, dass die Handlung des Verbrechers nicht habe unterbleiben können, dass der Verbrecher **gezwungen** war, genau so zu handeln, wie er gehandelt hat. Das Strafrecht hat, kurz gesagt, davon auszugehen, dass der Verbrecher — wie die Gesetze zu sagen pflegen, wenn sie meinen, dass der Thäter in eben der Situation, in der er befangen war, nicht anders habe handeln können — unter einem unwiderstehlichen Zwange gehandelt hat. Sehr zutreffend heben einige Schriftsteller hervor, dass der Determinist bei Begründung der Strafe gerade davon auszugehen habe, dass der Verbrecher unter einem Zwang gehandelt hat. So sagt Göring, Freiheit und Zurechnungsfähigkeit, S. 80: „Der Determinismus benutzt gewöhnlich verschiedene Arten der Nothwendigkeit bunt durcheinander; nur derjenigen sucht er auf alle Weise zu entgehen, welche er für seine Begründung der Zurechnung allein in Betracht ziehen sollte, nämlich der Nothwendigkeit im Sinne eines Zwanges, welchem sich der Mensch nicht entziehen kann" (vgl. auch v. Joch, S. 243). Auch Binding hebt das Zwangsmoment richtig hervor. (Normen II., S. 10, Note 14); er irrt aber, wenn er meint, den Determinismus dadurch ad absurdum zu führen.

Es geht auch nicht an, wie Binding (Normen II. 33) thut, sich auf die unangenehme Empfindung zu berufen, die die Praedestinationslehre auslöst. Dass eine wissenschaftliche Erkenntnis „grauenhaft" ist, ist kein Beweis dafür, dass sie unrichtig ist. So gut wie den Determinismus könnte man damit auch leugnen, dass die Erde dereinst vereisen wird, eine Lehre, die keineswegs befriedigender ist, als die der Willensunfreiheit.

Man hat auf Seiten der Bekenner des Determinismus die verschiedensten Versuche gemacht, der strengen Nothwendigkeit zu entgehen. Solchen Versuchen muss mit Nachdruck entgegengetreten werden.

Man berief sich darauf, dass der Determinismus „nur" Denkform sei, die ja über die Erscheinungen gar nichts aussage, und gab damit die Meinung zu erkennen, als ob es gleichgiltig sei, ob man den einen oder den anderen Standpunkt einnehme. Man übersieht hiebei, dass das Causalitätsgesetz ein ganz bestimmtes Urtheil über die Erscheinungswelt, über das Vorhandensein von Kräften enthält. Wo immer ein Willensact erfolgt, sagt der Determinist: Hier wirkte eine Ursache, es war eine Kraft lebendig — ein Urtheil, das der Indeterminismus eben nicht fällt. Consequent müsste ein Indeterminist auf die Aussage: „Ich will essen, weil ich Hunger habe", antworten: Das ist nicht wahr. Du willst grundlos. Auch wenn Du dem Verhungern nahe bist, kannst Du deshalb nicht essen wollen. Du könntest ebenso gut auch verhungern wollen.

Man pflegt den Deterministen auch vorzuwerfen, dass sie den Willensact als eine mechanische Veränderung auffassen, sofern sie behaupten, dass er nothwendig erfolge. Solcher Verwechselung gegenüber ist darauf hinzuweisen, dass Nothwendigkeit an sich durchaus nichts Mechanisches, sondern lediglich den gesetzmässigen Zusammenhang zwischen Ursache und Wirkung bedeutet, möge es sich um räumliches oder unräumliches Geschehen handeln. Wer sagt, dass der Willensact mit Nothwendigkeit eintritt, sagt nicht, dass das Motiv die Handlung „an den Haaren herbeizieht" (Adickes, Eth. Pr. 189). Es ist eine petitio principii, wenn man argumentiert: Nothwendig erfolgen nur oder vor allem die materiellen Veränderungen; daher ist es eine unzulässige Mechanisierung der geistigen Functionen, diese als nothwendig eintretend hinzustellen — eine Schlussfolgerung, die die Deterministen mit Vorliebe als Anhänger des Materialismus auszugeben liebt. Wer hat denn bewiesen, dass die Nothwendigkeit ein Monopolbegriff der Mechanik ist? Wenn Paulsen (System der Ethik, 5. Aufl., Bd. I, S. 432, Note) erklärt: „Gewöhnlich wird das Verhältnis von Ursache und Wirkung nach dem Schema des mechanischen Stosses vorgestellt und nun (!) Notwendigkeit oder Nötigung als ein wesentliches Moment darin angesehen", übersieht er zweierlei: fürs erste, dass man das Causalitätsgesetz selbst streicht, wenn man die Nothwendigkeit streicht, eine Folgerung, die Paulsen als Determinist nicht ziehen könnte; zum zweiten: dass im Begriffe der Nothwendigkeit ein mechanisches Element durchaus nicht enthalten ist. Es wäre

gewiss ein grober Fehler, das mechanische mit dem geistigen Geschehen zu identificieren; nicht die Form des Geschehens ist den beiden Gebieten gemeinsam, sondern nur die logische Form der Aufeinanderfolge der Veränderungen: „Notwendigkeit hat keinen anderen wahren und deutlichen Sinn, als den der Unausbleiblichkeit der Folge, wenn der Grund gesetzt ist" (Schopenhauer, Wurzel § 49). Die psychische Nothwendigkeit ist keine andere als die physische, und insbesondere — eben weil es undenkbar wäre — keine geringere: „Das Gesetz der Motivation ist ebenso streng, wie das der physischen Kausalität, führt also einen ebenso unwiderstehlichen Zwang mit sich" (Schopenhauer, Moral § 17). „Der Stein muss gestossen werden. Der Mensch gehorcht einem Blick. Beide aber werden durch eine zureichende Ursache, also mit gleicher Nothwendigkeit bewegt" (Schopenhauer, Wurzel § 20). Die Denknothwendigkeit zwingt, die Form der Aufeinanderfolge in den beiden Gebieten des mechanischen und des geistigen Geschehens für gleich zu halten. Für den inneren Zusammenhang kann eine Gleichheit nicht behauptet werden, nachdem er ja in beiden Gebieten unbekannt ist. „Wir wissen heute, dass die psychische Kausalität eine andere ist, als die mechanische, aber wir betrachten sie als eine gleich notwendige" (Schmoller, Grundriss I, 107). „Die psychische Causalität im deterministischen Sinne unterscheidet sich formell nicht von der Causalität auf anderen Gebieten . . . sondern nur durch die inhaltliche Beschaffenheit dieser Zustände; diese sind hier etwa mechanische Bewegungszustände, dort zum Theil wenigstens Bewusstseinszustände" (Sigwart, Kl. Schriften, 2. Reihe 1889, S. 157).

Man kann das Moment des Zwanges auch nicht dadurch eliminieren, dass man, wie etwa Adickes (Eth. Pr. S. 190) das Moment der Passivität jeder Wirkung leugnet: „Die Billardkugel, welche von der anderen gestossen wird, ist in hohem Grade aktiv; wären nicht in ihr Anziehungskräfte lebendig, sie würde auseinanderfliegen; hätte sie keine abstossenden Kräfte, die andere Kugel würde ganz in sie eindringen . . . die Substanzen leiden nichts, sie werden nicht genöthigt zu einer bestimmten Handlungsweise, sondern handeln selbst ihrer innersten Natur gemäss." Abgesehen davon, dass es nach solcher Auffassung unerklärlich wäre, warum sich die leblosen Gegenstände nicht von selbst bewegen, abgesehen ferner davon, dass nach Adickes die Kugel jedenfalls auch dann activ wäre, wenn sie auseinanderflöge, dass also die Kugel, was immer mit ihr geschähe, stets activ bliebe, dass also, folgerichtig gedacht, von einer Passivität überhaupt niemals die Rede sein könnte — wonach etwa die Mechanik statt von einem Trägheits- oder Behar-

rungsvermögen von einer Flucht- oder Spontaneitätstendenz reden müsste, wonach ferner aus der Grammatik aller Sprachen sämmtliche passiven Verbalformen zu streichen wären — abgesehen von dem Allen bleibt noch zu fragen: Liegt denn ein Widerspruch darin, wenn man sagt: Die Substanzen werden genöthigt, und: sie handeln ihrer innersten Natur gemäss? Kann denn eine Substanz überhaupt in anderer Weise genöthigt werden, als es ihrer innersten Natur entspricht? Nicht in der ändernden Ursache allein liegt ja die Art der Wirkung beschlossen; eine Ursache kann doch immer nur dort eine Wirkung hervorbringen, wo es eben die innerste Natur des Objectes zulässt. Wären nicht die ruhenden Antecedentien — und zu diesen gehört eben „die innerste Natur des Objectes" — für die Gestaltung der Wirkung mitbestimmend, so könnten gleiche Ursachen — im philosophischen Sinne müsste hier von Theilursachen gesprochen werden — nicht verschiedene Wirkungen hervorbringen. „Von der einfallenden Kraft — sagt in diesem Sinne Thyren, Abh. I, S. 52, welche Bewegung in dem vorher ruhenden Universum hervorbrächte, liesse sich zunächst nur behaupten, dass etwas Neues geschehe, nicht aber, dass es nur an ihr liege, was geschehen werde."

Gerade im Gegensatz zu Adickes erklärt Sigwart (Logik, II S. 129 f.): „Mit dem Gedanken der zeitlichen Folge ist nun aber die Vorstellung nicht erschöpft, die wir mit dem Worte »Wirken« verbinden; es liegt darin zugleich das Hineingreifen der Thätigkeit eines Dinges in die Sphäre eines anderen, die Macht, die es über dasselbe ausüben, der Zwang, den es ihm anthun, das Leiden, das es ihm zufügen kann." Da eben vermöge des unendlichen Progresses in der empirischen Welt jede Veränderung zugleich die Wirkung einer ihr vorhergehenden Veränderung und die Ursache einer ihr nachfolgenden Veränderung ist, ist jede Veränderung immer zugleich passiv und activ. Sie ist passiv als Wirkung und activ als Ursache.

Freilich bleibt das Innere des Vorganges „Wirken" auf psychischem Gebiete verborgen. Aber man vermeine auch nicht, dass man einen Einblick in die Art der Verknüpfung materieller Veränderungen habe: „Die Art, wie etwas auf ein Anderes in der Zeit überhaupt folge, ist so wenig zu erklären, als die Art, wie etwas aus einem Anderen erfolge" (Schopenhauer, Wurzel § 23). Nur, dass jede Veränderung nothwendig eintritt, wenn der zureichende Grund vorliegt, kann das Causalitätsgesetz lehren. Diese Regel gilt aber in gleicher Weise für die unräumliche, wie für die räumliche Erscheinungswelt.

Es ist zwar sprachlich nicht ganz zutreffend, von einer „socialen Mechanik" zu sprechen. Soferne aber damit gemeint wird, dass die Wirksamkeit der socialpsychischen Mächte die gleiche Nothwendigkeit mit sich führt wie diejenige mechanischer Kräfte, ist völlig Zutreffendes damit hervorgehoben. Besinnt man sich auf die Entstehungsquelle der ethischen Mächte, auf ihre sociale Natur und ihre Function, so lässt sich der Satz aufstellen: Die ethischen Mächte stellen die verschiedenen Formen dar, in welchen jeder Mensch von allen Anderen gezwungen wird, sich interessenverletzender Handlungen zu enthalten.

Kant hat denn auch selbst in diesem Sinne das Wort Mechanismus gebraucht: „Eben um deswillen kann man auch alle Nothwendigkeit der Begebenheiten in der Zeit nach dem Naturgesetze der Causalität, den Mechanismus der Natur nennen, ob man gleich darunter nicht versteht, dass Dinge, die ihm unterworfen sind, wirkliche materielle Maschinen sein müssten. Hier wird nur auf die Nothwendigkeit der Verknüpfung der Begebenheiten in einer Zeitreihe, so wie sie sich nach dem Naturgesestze entwickelt, gesehen . ." (Krit. der prakt. V. 227 f.). Höfler (Sieben Thesen, S. 33) meint einen schlagenden Trumpf auszuspielen, wenn er erklärt: „Wenn nicht der geistige Kant, sondern ein Schreibautomat die Kritik der reinen Vernunft geschrieben hat, so vollbringt auch nicht ein böser Wille einen Raubmord, sondern ein Mordautomat!" Man höre Kant selbst, der im Anschlusse an die früher citierte Stelle sagt: „Hier wird nur auf die Nothwendigkeit der Verknüpfung der Begebenheiten in einer Zeitreihe . . ., so wie sie sich nach dem Naturgesetze entwickelt, gesehen, man mag nun das Subject, in welchem dieser Ablauf geschieht, Automaton materiale, da das Maschinenwesen durch Materie, oder mit Leibnitzen spirituale, da es durch Vorstellungen betrieben wird, nennen." (Krit. der prakt. Vernunft, 228.)

Man pflegt die Prädestinationslehre auch mit dem Namen Fatalismus als einem Schimpfworte (im Sinne des Quietismus) zu belegen, indem man hierbei die Vorstellung erregen will, als bliebe den Anhängern der Lehre nichts übrig, als die Hände in den Schoss zu legen und ruhig abzuwarten, was das Fatum mit ihnen vorzunehmen beliebe. Als wenn die Constatierung, dass Kräfte wirken, die Wirksamkeit dieser Kräfte zu nichte machen könnte! Uebrigens liegt kein zureichender Grund vor, sich gegen das Wort als solches zu wehren, wenn man damit nur nicht den Gedanken verbindet, dass ein blindes Fatum das Schicksal des Menschen bestimmt ohne Rücksicht darauf, was immer der Mensch thun möge; wonach Fata-

lismus nur eine etappenweise eintretende Unterbrechung willensfreien Handelns wäre, wie etwa der Moslim glaubt, der sich in der Schlacht in das Gewühl der Feinde stürzt und meint, er könne thun, was er wolle; wenn ihm heute der Tod beschieden sei, werde er ihn überall zu treffen wissen, sei er ihm aber nicht bestimmt, so könnten ihm auch die Feinde nichts anhaben. Ein solcher Fatalismus wäre das Gegentheil von Gesetzmässigkeit. In der erst angeführten Bedeutung billigt auch Kant das Wort Fatalismus, indem er bei der Besprechung des Phänomens der Reue — eine heute nicht genügend beachtete Stelle — über Priestley sagt: „wie Priestley, als ein ächter consequent verfahrender Fatalist, sie auch dafür [scil. als wesentlich nur in die Zukunft blickend] erklärt, und in Ansehung welcher Offenherzigkeit er mehr Beifall verdient, als diejenige, welche, indem sie den Mechanismus des Willens in der That, die Freiheit desselben aber mit Worten behaupten, noch immer dafür gehalten sein wollen, dass sie jene, ohne doch die Möglichkeit einer solchen Zurechnung begreiflich zu machen, in ihrem synkretistischen System mit einschliessen." (Kr. d. pr. V. 229.) Vom Fatalismus in des Wortes zweiter Bedeutung spricht Kant offenbar an der Stelle, welche die günstigen Wirkungen der Kritik der Vernunft darlegen soll: „Durch diese kann nun allein dem Materialism, Fatalism, Atheism . . . ., die allgemein schädlich werden können, zuletzt auch dem Idealism und Skepticism, die mehr den Schulen gefährlich sind und schwerlich ins Publikum übergehen können, selbst die Wurzel abgeschnittten werden." (Vorrede der zweiten Ausgabe der Kritik der reinen Vernunft, 1887, S. 28.)

Die deterministische Lehre ist auch mit dem Anarchismus nicht identisch. Sie leugnet das Recht ebensowenig als sie die Religion und die Moral leugnet. Sie erklärt diese Phänomene vielmehr. Ja man hat die Lehre sogar mit dem Socialismus (!) in Zusammenhang gebracht. Stenglein verkündet: „Aber über Eines sind wir nicht im Zweifel, und das ist, dass die Consequenz der deterministischen Auffassung direct zum socialistischen Staat führt." (G. S., Bd. L, S. 7.) Die Aufdeckung dieses complicierten Zusammenhanges ist Stenglein allerdings schuldig geblieben.

Im indeterministischen Lager herrscht vielfach die ganz unbegreifliche Voreingenommenheit, dass gerade das Strafrecht durch die Lehre der Willensunfreiheit negiert werde. Ja, Birkmeyer gibt selbst zu, dass er diesen Standpunkt „von vornherein" einnimmt. Er meint (Z. XVI, S. 115), dass sich das Strafrecht nach v. Liszt's Auffassung, „wie wir bei seiner deterministischen

Grundlage von vorneherein annehmen mussten — in eine Sparte der Sicherheitspolizei auflösen" müsse. Allerdings bringt Birkmeyer noch die seiner Auffassung nach beweisenden Sätze bei: da ohne Willensfreiheit keine Schuld und keine Vergeltung möglich ist, und da Strafe wesentlich Vergeltung einer Schuld ist, ist ohne Willensfreiheit ein Strafrecht nicht denkbar. Muss denn aber gerade die indeterministische Auffassung der Begriffe die einzig richtige, ja die einzig mögliche sein? Treffend sagt Hertz, Unrecht 120: „Nicht der Schuldbegriff postulirt die Willensfreiheit, sondern ohne sie fällt nur diejenige specielle Ansicht über ihn, welche die Anhänger der absoluten Strafrechtstheorien . . . festhalten müssen." (Bei Erörterung der Grenzen der Strafe und der anderen Unrechtsfolgen im II. Bande wird zu zeigen versucht werden, dass, trotzdem Determinismus und Vergeltungsgedanke einander zu widersprechen scheinen, in Birkmeyer's Argumentation ein richtiger Kern liegt.)

Es ist ferner nicht zutreffend, den Determinismus, wie z. B Adickes Eth. Pr. S. 167 thut, eine Weltanschauung zu nennen. Das Causalitätsgesetz ist ein Denkgesetz und als solches die Grundlage des Erkennens. Es sträubt sich daher begrifflich dagegen, den „causalen Ketten" in alle Ewigkeit nachzueilen. Es begnügt sich damit, festzustellen, dass, soweit den Ursachen nachgeforscht wird, immer noch die letzte Ursache als Wirkung einer vorangegangenen Veränderung anzusehen ist. Ob die Bewegung der chaotischen Massen in die Ewigkeit zurückreicht, oder ob ein spontaner Bewegungsact der Materie die zeitlose Ruhe unterbrach, ob ein bewusster Wille zu das All irgend einem Zweck aus Nichts geschaffen hat, oder ob die Welt selbst nur die sinnenfällige Verkörperung eines transscendenten, menschlicher Erfassung unzugänglichen Wesens ist, danach wirft der Determinismus eine Frage überhaupt nicht auf. In diesem Sinne spricht auch Kant statt von einem regressus in infinitum von einem „regressus in indefinitum". „Der Regressus in der Reihe der Welterscheinungen, als eine Bestimmung der Weltgrösse, geht in indefinitum, welches eben so viel sagt, als: die Sinnenwelt hat keine absolute Grösse, sondern der empirische Regressus . . . hat seine Regel, nämlich auf einem jeden Glied der Reihe, als einem Bedingten, jederzeit zu einem noch entfernteren . . . fortzuschreiten und sich der Erweiterung des möglichen empirischen Gebrauchs seines Verstandes nirgend zu überheben, welches denn auch das eigentliche und einzige Geschäft der Vernunft bei ihren Principien ist. Ein bestimmter empirischer Regressus, der in einer gewissen Art von Erscheinungen ohne Aufhören fortgienge, wird hiedurch nicht vorgeschrieben . . . Aller Anfang ist in der Zeit, und alle

Grenzen des Ausgedehnten im Raume. Raum und Zeit aber sind nur in der Sinnenwelt. Mithin sind nur Erscheinungen in der Welt bedingterweise, die Welt aber selbst weder bedingt, noch auf unbedingte Art begrenzt" (Krit. d. rein. Ver. S. 421 f.).

Dass die deterministische Lehre einer Lösung der transscendenten Fragen in keiner Weise präjudiciert, geht schon daraus hervor, dass sowohl Vertreter der christlichen Gottgläubigkeit, wie Augustinus, Luther und Leibniz, als des Pantheismus, wie Spinoza und Goethe, als auch die Materialisten sich zur Willensunfreiheit bekennen. Vollends bleibt die Frage, ob Dualismus oder Monismus, offen. Auch sofern man unter Weltanschauung das Ergebnis von Gedanken- und Gefühlsprocessen versteht, das die subjective, d. h. für den Denkenden allein giltige Lösung aller von ihm aufgeworfenen metaphysischen Fragen enthält, ist der Determinismus, der als Denkgesetz Allgemeingültigkeit in Anspruch nimmt, mit nichten eine Weltanschauung zu heissen. Freilich könnte man den Determinismus eine Weltanschauung in dem uneigentlichen Sinne nennen, in dem z. B. Menger (besitzl. Volkskl. 29) vom Socialismus als einer „Weltanschauung" spricht. Gebraucht man aber das Wort in diesem Sinne, dann bedeutet es eben nicht den ungerechtfertigten Vorwurf, dass die Anhänger der Willensunfreiheit den transscendenten Fragen in unerwünschter Weise vorgreifen.

Es ist mithin auch unrichtig. ihn mit der Weltanschauung, die man Materialismus nennt, zu identificieren. Freilich müsste jeder Materialist folgerichtig den Willensact, der ihm nur Veränderung an der Materie ist, unfrei nennen. Die Lehre jedoch, dass die Volition nicht ursachlos erfolgt, enthält nicht eine Aussage über die Art, sondern nur über die Genese des Willensactes. Die wesentliche Verschiedenheit dieser beiden Bestimmungen kann nur oberflächliches Denken verkennen.

Irrthümlich ist auch die Meinung Birkmeyer's (K. V. S., Bd. XII, Heft 4, S. 545), dass der Determinismus einen angeborenen Verbrecherwillen annehme, auf den nicht eingewirkt werden könne. Der Determinismus behauptet nicht, dass auf den Willen nicht eingewirkt werden könne, sondern das gerade Gegentheil (vgl. die treffenden Ausführungen bei Henry Maudsley, Physiol. u. Pathol. der Seele, S. 161).

Endlich ist auch von Buri's Ansicht zurückzuweisen, (GS. XXX. Bd., S. 444), dass der Determinismus leugne, dass der menschliche Wille von nichtsinnlichen, also von vernünftigen und sittlichen Motiven bestimmt werden könne. Gerade der Determinismus allein kommt mit dieser Thatsache nicht in Conflict.

Wäre der Wille ursachlos, also überhaupt durch nichts bestimmbar, so wäre er auch durch Vernunft und sittliche Principien nicht bestimmbar. Der Determinismus leugnet durchaus nicht, dass der Mensch „durch eine ideale Vorstellung" determiniert werden kann; und er erkennt „hiermit die Freiheit des Willens" im Sinne der Freiheit von Ursachen durchaus nicht an. Er kann im Gegentheil der causalen Bedingtheit hierbei gar nicht entbehren.

Hat man sich einmal für die Unfreiheit des Willens entschieden, dann kann es lediglich die gewonnene Erkenntnis trüben, das Wort Freiheit durch eine Hinterthüre wieder einzulassen. Der Wille ist frei, heisst: Frei von Ursachen. Den Willensact als unfrei, d. h. verursacht zu bezeichnen und ihn trotzdem zugleich frei zu nennen, indem man die Art der Bestimmungsgründe ins Auge fasst, während man zugleich von Unfreiheit im Sinne des Vorhandenseins von Bestimmungsgründen spricht, ist verwirrend. In nicht weniger als drei verschiedenen Bedeutungen spricht man von psychologischer Willensfreiheit. Einige verstehen darunter die Thatsache, dass auf den Willen des Menschen nicht mechanisch, durch Druck und Stoss, sondern lediglich psychisch eingewirkt werden könne. Andere bezeichnen damit die Möglichkeit, dass der Mensch aus sich heraus, d. h. nicht durch äussere Umstände gezwungen, handelt. Abgesehen davon, dass Willensfreiheit in diesen beiden Bedeutungen auch den Thieren zukommt, daher nicht den Grund für die strafrechtliche Verantwortlichkeit abgeben kann, bedeutet hier die Verwendung des Wortes Freiheit einen Missbrauch der Sprache. Nirgends ausser dem Bereiche einer wortklebenden Doctrin bezeichnet man eine bestimmte Art des Zwanges, bezw. der Nothwendigkeit als Freiheit. Man müsste denn einen Leichnam mechanisch frei nennen, weil auf ihn nur mechanisch eingewirkt werden kann, und eine Locomotive frei nennen, wenn ein äusserer Anstoss mangelt, der sie aus dem Geleise wirft. Endlich versteht man unter psychologischer Willensfreiheit noch die Thatsache, dass der Mensch auf einen äusseren Reiz gewöhnlich nicht in automatisch-reflectorischer Weise reagiert, sondern die zur Bethätigung drängenden Vorstellungen vor seinem geistigen Auge vergleichend vorüberziehen lässt. Es liegt keinerlei zureichender Grund vor, die Wahlmöglichkeit als Freiheit zu bezeichnen. Denn die Ueberlegung ist ganz ebenso verursacht, wie die impulsive Reaction. Und wenn man, wie etwa Jerusalem (Einleitung S. 142), hier deshalb von Freiheit spricht, weil sich der Mensch im Stadium der Ueberlegung frei fühlt — was keineswegs für alle Fälle zutrifft: Die Qual der Wahl! —, so ist hervorzuheben, dass Freiheit nicht das Sichfrei-Fühlen, sondern das Frei-Sein bedeutet.

Die s. g. moralische Willensfreiheit stellt gleichfalls nur eine comparative Art der Freiheit dar, die nicht die Genese des Willensactes, sondern die Zwecke betrifft, die sich der Mensch setzt. Es ist nicht nöthig, die Thatsache, dass der Mensch auch durch nichtsinnliche, ideale, moralische Motive zum Handeln bestimmt wird, mit dem Worte Freiheit zu bezeichnen. Es sollte vielmehr jeder Determinist im Interesse der Klarheit der Darstellung und der Reinerhaltung der Sprache sorgfältigst vermeiden, das Wort frei mit dem Worte Willen in eine, auch noch so entfernte, Beziehung zu bringen. Mit Recht wendet sich v. Liszt (Z. XVIII, S. 235) gegen Höfler, der die Dreitheilung der Willensfreiheit in eine metaphysische, psychologische und moralische neuerlich aufs Tapet bringt, weil er sich „mehr und mehr überzeugt habe, dass diese Unterscheidung selbst in klarer denkenden Köpfen nur Verwirrung anzustiften geeignet ist".

Dem Deterministen ist es auch verwehrt, den Rückzug in das metaphysische Gebiet anzutreten. Die Wissenschaft kann mit speculativen Gesichtspunkten nicht operieren, ohne sich selbst zu negieren. Was jenseits der Grenze des Erkennens liegt, liegt ausserhalb ihres Bereiches. Insbesondere geht es nicht an, zu behaupten: „Eine unbedingte somit freie Ursache anzunehmen, ist weit entfernt unwissenschaftlich zu sein" (Binding, Normen II, S. 10), und sich hiebei auf Kant zu berufen, der ausdrücklich hervorhebt, dass das Causalitätsgesetz ein „Verstandesgesetz" ist, „von welchem es unter keinem Vorwande erlaubt ist, abzugehen oder irgend eine Erscheinung davon auszunehmen" (Krit. d. r. V. S. 435), und welcher betont: „Unsere Zurechnungen können nur auf den empirischen Charakter bezogen werden" (ibid. S. 440 f.).

Kant erklärt ferner ausdrücklich, dass er weder die Wirklichkeit, noch auch nur die Möglichkeit der intelligiblen Freiheit behaupten wolle: „Man muss wohl bemerken: dass wir hierdurch nicht die Wirklichkeit der Freiheit als eines der Vermögen, welche die Ursache von den Erscheinungen unserer Sinnenwelt enthalten, haben darthun wollen . . . Ferner haben wir auch gar nicht einmal die Möglichkeit der Freiheit beweisen wollen; denn dieses wäre auch gar nicht einmal gelungen, weil wir überhaupt von keinem Realgrunde und keiner Causalität aus blossen Begriffen a priori die Möglichkeit erkennen können. Die Freiheit wird hier nur als transscendentale Idee behandelt" (Kr. d. r. V. S. 445). Kant postuliert lediglich diese Idee, um die Moral, die er auf deterministischer Grundlage nicht zu erklären vermag, nicht a priori negieren zu müssen. Er vermeint, dass die Bestimmung zum sittlichen Handeln

auschliesslich vom Vernunft-, vom Sittengesetze ausgehe. Sehr wohl bemerkt er, dass sich die Vernunft dabei „in eine Antinomie mit ihren eigenen Gesetzen, welche sie dem empirischen Gebrauche des Verstandes vorschreibt, verwickelt". „Dass nun diese Antinomie auf einem blossen Scheine beruhe, und, dass Natur der Causalität aus Freiheit wenigstens nicht widerstreite, das war das Einzige, was wir leisten konnten und woran es uns uns auch einzig und allein gelegen war" (K. d. r. V. S. 445). Dass sich Kant bewusst war, dass mit der Aufstellung der „Idee" weder die rechtliche, noch auch die moralische Zurechnung begründet werden kann, zeigt deutlich die Stelle: „Gesetzt nun, man könnte sagen: die Vernunft habe Causalität in Ansehung der Erscheinungen; könnte da wohl die Handlung derselben frei heissen, da sie im empirischen Charakter derselben (der Sinnesart) ganz genau bestimmt und nothwendig ist? Dieser ist wiederum im intelligiblen Charakter (der Denkungsart) bestimmt. Die letztere kennen wir aber nicht, sondern bezeichnen sie durch Erscheinungen, welche eigentlich nur die Sinnesart (empirischen Charakter) unmittelbar zu erkennen geben. Die eigentliche Moralität der Handlungen (Verdienst und Schuld) bleibt uns daher, selbst die unseres eigenen Verhaltens gänzlich verborgen". Daher kann auch Niemand „nach völliger Gerechtigkeit richten". (Krit. d. r. V. S. 440 f).

Man darf auch, wenn Kant in der Kritik der praktischen Vernunft das Strafgesetz als „kategorischen Imperativ" construiert, nie vergessen, dass Kant Naturrechtslehrer war und ein dem positiven Rechte superordiniertes transscendentes Recht annahm. Kant hat denn auch diese beiden Rechte wohl auseinandergehalten (siehe unten § 24).

Zudem fehlt heute, da festgestellt ist, dass die ethischen Mächte Producte der Entwickelung sind — eine Erkenntnis, welche die Doctrin, ohne doctrinär zu werden, nicht ignorieren kann —, jeder Grund, sich vor der deterministischen Lehre in das metaphysische Gebiet zu flüchten. Man kann kühn behaupten, dass es Kant niemals in den Sinn gekommen wäre, eine unbedingte Pflicht und einen kategorischen Imperativ auch nur als Idee anzunehmen, wenn er gewusst hätte, dass die Stimme des Gewissens nicht eine metaphysische Institution, sondern das Resultat eines Entwickelungsprocesses ist, dass die ethischen Mächte dem Menschen nicht originär angeboren sind, sondern ursprünglich objective waren und erst im Laufe der Zeit zu subjectivierten wurden.

Mit Unrecht ferner berufen sich die Anhänger der Theorie von der Zurechnung zum Character auf Schopenhauer. Schärfer als Kant hat noch Schopenhauer die Zurechnung zum intel-

ligiblen und die zum empirischen Character auseinandergehalten, als er das Strafrecht zu begründen unternahm. Mit einer jeden Zweifel ausschliessenden Deutlichkeit stellt Schopenhauer eine doppelte Strafrechtstheorie auf, Die moralische Zurechnung findet zum „intelligiblen Charakter" statt (Grundl. der Moral § 10), die criminalistische Zurechnung ist nach Schopenhauer überhaupt nicht Zurechnung zum Character. Er vertritt vielmehr, gleich Kant, nur in eingehenderer Darstellung, ausdrücklich die Theorie des „psychologischen Zwanges": „Ein Criminalkodex ist nichts Anderes, als ein Verzeichnis von Gegenmotiven zu verbrecherischen Handlungen" (Freih. d. Willens, Anhang). Ihm sind die im Staate lebenden Menschen, „diese Tausende, die da, vor unseren Augen, im friedlichen Verkehr sich durcheinander drängen .... ebensoviele Tiger und Wölfe, deren Gebiss durch einen starken Maulkorb gesichert ist." (Moral § 13). „Wohl aber hat der Mensch das Recht, für die Sicherheit der Gesellschaft zu sorgen: Dies aber kann allein geschehen durch Verpönung aller der Handlungen, die das Wort »kriminell« bezeichnet, um ihnen durch Gegenmotive, welches die angedrohten Strafen sind vorzubeugen; welche Drohung nur durch Vollziehung, im dennoch vorkommenden Fall, wirksam sein kann. Dass demnach der Zweck der Strafe, oder genauer des Strafgesetzes Abschreckung von Verbrechen sei, ist eine so allgemein anerkannte, ja von selbst einleuchtende Wahrheit, dass sie in England sogar in der sehr alten Anklageformel ... ausgesprochen ist ... Diese hier aufgestellte, der gesunden Vernunft unmittelbar einleuchtende Theorie der Strafe ist freilich, in der Hauptsache, kein neuer Gedanke, sondern nur ein durch neue Irrthümer beinahe verdrängter .... In unseren Tagen hat sie bekanntlich Feuerbach verfochten." (Welt, I. § 62). Dass Kant ein Vorläufer Feuerbachs war und aus der voraussichtlichen Wirksamkeit oder Nichtwirksamkeit der Strafdrohung den Begriff der Zurechnungsfähigkeit deducierte, ist bekannt (siehe unten § 30).

Es heisst sonach den Philosophen von ihnen nie Behauptetes imputieren, wenn man unter Berufung auf sie von einer strafrechtlichen Zurechnung zum Character spricht. Es geht nicht an, wie Binding (Normen II, 9 ff. bes. 10, Note 14) und auch Wahlberg (Pr. d. Ind. S. 71) thun, ohne Bedenken auf den empirischen Boden zu verpflanzen, was Kant und Schopenhauer für die transscendente Welt ersonnen haben, und ihre entgegenstehende Strafrechtstheorie zu ignorieren. Ist es doch ein wesentlicher Unterschied, ob man die Strafe als Vollzug der Drohung oder lediglich als „Gegenwirkung" gegen das Verbrechen oder als „Genugthuung" auffasst.

Niemand bestreitet, dass die Strafe eine Gegenwirkung ist; niemals ist aber auch Vages und Inhaltsloses mit grösserer Genügsamkeit als eine erschöpfende Erklärung hingenommen worden, als diese Begriffsbestimmung.

Es ist ein Missverständnis, Kant und Schopenhauer, ein ärgeres noch, Goethe als Anhänger der Willensfreiheit anzusehen. (Heineman G. S. 49. Bd. S. 250, Birkmeyer Encykl. 1052, der „im Anschlusse an Schopenhauer" seinen relativen Indeterminismus entwickelt). Speciell Goethe, der bekanntlich Spinozist war, hat oft und oft seiner Auffassung Ausdruck gegeben; am schönsten wohl im Prolog im Himmel, Faust, 1. Theil, der die strenge Gesetzmässigkeit alles Weltgeschehens verherrlicht; das erstemal in den Leiden des jungen Werther: „Dass ihr Menschen, rief ich aus, um von einer Sache zu reden, gleich sprechen müsst: das ist thöricht, das ist klug, das ist gut, das ist bös! Und was will das alles heissen? Habt ihr deswegen die inneren Verhältnisse einer Handlung erforscht? wisst ihr mit Bestimmtheit die Ursachen zu entwickeln, warum sie geschah, warum sie geschehen musste? Hättet ihr das, ihr würdet nicht so eilfertig mit euren Urteilen sein."

Die Strafrechtswissenschaft steht, wie alle Geisteswissenschaften, principiell vor der ausschliesslichen Alternative: Determinismus oder Indeterminismus? Eine Abschwächung des Determinismus ist auf keine Weise möglich. Zum Indeterminismus, dessen logisch einzig mögliche Form das liberum arbitrium indifferentiae ist, kann sich keine Wissenschaft bekennen, da er einem Denkgesetz widerspricht und auf Erkennen, auf ein Zurückführen auf Gründe von vornherein verzichtet. Aus der Lehre: Der Willensact ist ursachlos, geht unmittelbar hervor, dass eine Einwirkung auf den menschlichen Willen undenkbar ist. Denn wie könnten einem ursachlosen Willen Ursachen gesetzt werden? Vergebens sträuben sich die Anhänger der Willensfreiheit gegen diese Folgerung und suchen die verschiedensten Auswege. Mit Recht wenden sich ihre Gegner gegen die Vorstellung, als könnte der menschliche Wille frei entscheiden, welchem an die Pforte der Psyche pochenden Motiv er die Thüre öffnen wolle. Denn man kann nicht annehmen, dass der Wille ursachlos eine Wahl trifft. So oft er sich für einen der Reize entscheiden würde, tauchte doch immer die Frage auf: Warum er gerade diesen ausgewählt habe? Wenn Kohler, Einführung, S. 136 f., meint, der Mensch habe die freie Wahl unter den eindringenden Reizen, sei aber auf diese Wahl nothwendig beschränkt, übersieht er auch, dass es Fälle geben könnte, in denen die eindringenden Reize sämmtlich in der-

selben Richtung wirken, in welchen Fällen also von einer Wahl nicht gesprochen werden könnte.

Es ist unmöglich, die Nothwendigkeit des Geschehens irgendwie abzuschwächen, ohne der zügellosen Willkür in die Hände zu fallen. „Die Freiheit von den Gesetzen der Natur ist zwar eine Befreiung vom Zwange, aber auch vom Leitfaden aller Regeln." (Kant, K. d. r. V., S. 371.) Wir müssen „daran festhalten, dass Freiheit in dem Sinne, der überhaupt einen Sinn hat . . . nur den reinen, grundlosen Zufall bedeutet." (Simmel, Einl., II. Bd., S. 207.)

Wird aber, wie dargelegt, vom Indeterminismus folgerichtig die Möglichkeit jeder Einwirkung auf den menschlichen Willen geleugnet, dann müssen nach dieser Auffassung alle ethischen Mächte darniederfallen. Von einem ursachlosen Willen prallen die Normen des Rechtes, der Moral, der Religion und der Sitte machtlos ab.

Angesichts des unerbittlichen Aut—Aut scheint die Rechtswissenschaft in der That in ein unlösliches Dilemma zu gerathen: „Die Lage des Kriminalisten ist eine schwierige geworden. Er bewegt sich zwischen Scylla und Charybdis" (Merkel, Vergeltungsidee, S. 55). Hier die Scylla der unausweichlichen Negierung des Rechtes, dort die Charybdis des unwiderstehlichen Zwanges. Was Wunder also, dass man dem Dilemma dadurch zu entrinnen sucht, dass man das Problem der Willensfreiheit beiseite schiebt? Gerade in der modernen Strafrechtswissenschaft gibt sich vielfach die Tendenz kund, die Entscheidung für oder wider die Freiheit als der Jurisprudenz nicht präjudicierend anzusehen. (Lit. bei v. Liszt, Lehrb., 9. Aufl., S. 78, Note 11.) Neuestens will sich auch van Hamel (Z. XXI. Bd., S. 360) von dem Problem ab- und „wichtigeren Aufgaben" zuwenden.

Auch dieser Ausweg ist verwehrt. Die Lehre von der Irrelevanz des Streites ist vielleicht die verhängnisvollste Folge der an sich gewiss löblichen, jedoch vielfach allzu weitgespannten Tendenz, die practisch-politische Seite der „gesammten Strafrechtswissenschaft" zu würdigen. Die wichtigste practische Frage des Strafrechtes und der Criminalpolitik bleibt doch immer die theoretische Frage, ob die Strafe begrifflich ein Uebel ist. Erst dann, wenn der Gesetzgeber weiss, ob sie ein Uebel sein muss oder nicht, kann er bestimmen, welche weiteren Zwecke er mit dem Vollzuge verbinden kann, ohne sie ihrer wichtigsten Bestimmung zu entfremden. Vollends aber ist es unmöglich, die Grundbegriffe des Rechtes, die Begriffe der Norm und der Pflicht, zu bestimmen, ohne sich für eines der beiden Principien zu entscheiden; denn die Begriffe sind, wie sich zeigen wird, wesentlich verschiedene, je nachdem man sie aus dem einen oder dem anderen Princip ableitet. Es gibt keine „wichtigeren

Aufgaben" für die Jurisprudenz, als die Beantwortung der Frage, welche Stellung die Wissenschaft zur Willensfreiheit einzunehmen hat.

Es ist aber nicht nur methodologisch, sondern auch logisch unmöglich, die Frage von der Tagesordnung abzusetzen.

Da nämlich der Indeterminismus das Recht schlechthin verneint, und da, wie dargelegt, neben dem Determinismus und dem Indeterminismus ein drittes Princip logisch nicht bestehen kann, hat sich Jeder, der das Wort Recht in bejahendem Sinne auch nur in in den Mund nimmt, bereits implicite — wenn auch ohne es zu wissen und zu wollen — auf den deterministischen Standpunkt gestellt. Der Jurist ist Determinist. Dieser Satz ist, wie die Dinge in der Strafrechtsliteratur nun einmal liegen, ein synthetisches, streng logisch genommen jedoch ein analytisches Urtheil; es hebt aus dem Begriffe Jurist ein darin bereits enthaltenes wesentliches Merkmal hervor.

Und nun ist es logisch unmöglich, dass Jemand, der sich bereits zu dem Determinismus bekannt hat, erklärt, der Streit sei für das Recht irrelevant. Es ist z. B. eine Selbsttäuschung, wenn Löffler (Z. Bd. VI, S. 397) meint, er habe den Begriff der Verantwortlichkeit festgelegt, ohne auf die „schwanke Basis eines bestimmten philosophischen Systems" zu bauen. Denn er könnte ja nie von Generalprävention (S. 388) sprechen, hätte er nicht bereits vorausgesetzt, dass auf den Willen des Menschen psychisch eingewirkt werden könne. Und etwas Anderes behauptet ja der Determinismus nicht.

Mithin hat sich Jeder, der sich mit dem Strafrecht befasst, ohne es schlechthin zu negieren, also schlankweg die völlige Abschaffung des Strafgesetzes zu beantragen, mit begrifflicher Nothwendigkeit zu dem im Determinismus logisch enthaltenen Satz bekannt: Jedes Verbrechen erfolgt — objectiv betrachtet — unter unwiderstehlichem Zwange.

In seinem Lehrbuche erklärt Janka (Strafrecht 3. Aufl., S. 86, Note 1): „Dass der deterministisch gesinnte Richter, dem jede Handlung und daher jedes Verbrechen das unvermeidliche Product aus einem Zwangsprocesse ist, nur freisprechende Urtheile fällen könnte, liegt auf der Hand." Dieser Satz schliesst den wahren Grund auf, der im deterministischen Lager das Wort „Zwang" verbannen heisst. Wäre er richtig, dann könnte von einem Strafrechte nicht die Rede sein. Nur wenn es gelänge, den Satz zu widerlegen, könnte die Strafrechtswissenschaft, ja die gesammte Rechtswissenschaft auf festen Boden gelangen. Denn nicht nur das Problem

der Criminalstrafe, sondern das der Rechtsfolgen überhaupt, die auf pflichtwidrige Bethätigung gesetzt sind, setzt die Lösung der Frage voraus, ob der Determinist stets freisprechen müsse.

Mit Recht hebt Tolstoi (Auferstehung) hervor, dass die Erörterungen der Literatur über die Strafe immer nur die Nothwendigkeit einer Reaction gegen das Verbrechen zu erläutern suchen. Der Beweis, dessen Erbringung der Determinismus unerbittich verlangt, betrifft nicht eben die Nothwendigkeit, dass überhaupt irgend Etwas mit Demjenigen zu geschehen habe, der gegen das Strafgesetz verstossen hat. Es ist vielmehr zu beweisen, dass gerade ein Uebel über den Verbrecher verhängt werden muss, und dass die Verhängung des Uebels trotz der Erkenntnis, dass der Thäter die That unvermeidlich begehen musste, gerecht ist, und zwar nicht nur gerecht vom objectiven, sondern auch vom subjectiven Standpunkt. Dieser Beweis ist bisher noch nicht erbracht worden.

## § 8. Der Begriff der Pflicht.

§ 8. Der Begriff der Pflicht.

Rein objectiv betrachtet, treten die ethischen Mächte dem einzelnen Menschen als fremde, von aussen gegenüber. Daher sind, wie betont, damit eine Pflicht entstehen könne, zwei Willenscentren anzunehmen: ein Befehlender und ein vom Befehle Betroffener, welche beide als lediglich egoistisch zu betrachten sind. Treffend sagt Herbart, Prakt. Phil. S. 182: „Nicht viel klärer ist ursprünglich der Begriff der Pflicht. Zwar führt derselbe sogleich das Merkmal eines unter höherem Befehle stehenden Willens bei sich.“ Der vom Befehl Betroffene ist sonach wesentlich als Widerstrebender anzusehen.

Der Befehlende gibt nun seinen Willen kund; er sagt: Ich will. Und wenn der Widerstrebende erwidert: Ich will nicht, so gebietet der Befehlende: Du sollst! Genauer genommen sagt der Befehlende: Wie Du willst, ist mir an sich gleichgültig, Du sollst handeln, wie ich will, nicht wie Du willst; d. h. Du sollst nicht Deinen Willen ausführen, sondern meinen Willen. Der Widerstrebende will nun — so lehrt der Determinismus — auf Grund der Sachlage seiner Motive, d. h. diejenigen Vorstellungen, die seinen widerstrebenden Willen auslösen, haben im Kampfe mit ihren Gegenmotiven die Oberhand erhalten. Der Befehlende sagt also eigentlich: Dein Wollen geht mich nichts an. Willst Du zufällig etwas Anderes, so wähle Du unter allen Deinen Motiven diejenigen aus, die Dich zum Handeln in meinem Sinne treiben: gib ihnen die Kraft zu zu wirken. Und den Motiven, die Deinen widerstrebenden Willen

erzeugt haben, versage die bestimmende Kraft, verzichte auf ihren Sieg.

In solchem Verlangen nun liegt die Auffassung, dass der Mensch unter den auf den Willen einwirkenden Motiven selbständig, aus eigener Kraft die Wahl treffen kann, liegt mit einem Worte das Glaubensbekenntnis des Indeterminismus. Und in dem Verzichte auf den Sieg der Motive, die dem Fremdwillen hinderlich sind, liegt das ideale, das ethische Moment der Pflichterfüllung, der Sieg über sich selbst, die Bekämpfung der eigenen Triebe. Der Verpflichtete soll seine Motive von sich werfen, wie ein Luftschiffer, der den Ballast auswirft, um sich, unbehindert durch selbstische Triebe, in die idealen Höhen ethischer Pflichterfüllung aufzuschwingen. Und in dem Momente, da der Mensch nicht mehr handelt, wie er selbst will, sondern wie ein Anderer will, spricht aus seinem Handeln nicht mehr sein Ich, sein Ego, sondern alter; er handelt nicht egoistisch, sondern altruistisch: Altruismus ist Selbstentäusserung.

Die Erkenntnis, dass der Begriff der Pflicht auf indeterministischer Grundlage ruht, ist von weittragender Bedeutung. Denn es ist klar, dass die Wissenschaft, die nur auf dem Boden des Determinismus gedeihen kann, zunächst zur Negierung dieses Begriffes gelangt. So ergibt sich scheinbar als Consequenz die vielvertretene Auffassung, dass mit der Leugnung der Willensfreiheit und damit des Begriffes der Pflicht von einem Rechte, einer Moral u. s. f. nicht die Rede sein kann.

In der That muss auch Derjenige, der den Begriff der Pflicht in der Weise untersucht, dass er an die Willensbeschaffenheit des einzelnen Menschen als solchen anknüpft, nothwendig dazu gelangen, den Begriff zu leugnen. Darin liegt eben die Methode der individualistischen Philosophie. Wer von einer den Resultaten der phylogenetischen Betrachtung widersprechenden, metaphysischen Erklärung der ethischen Mächte ausgeht, muss, will er sein System aufrecht erhalten, dem menschlichen Willensact unbedingt eine metaphysische Genese zuerkennen, und eine solche bedeutet gerade die Freiheitslehre. Der individualistische Anarchist dagegen, der die metaphysische Erklärung der Genese des Willens ablehnt, muss zur Leugnung des Pflichtbegriffes gelangen. Denn es liegt auf der Hand: wie kann Derjenige, der das Recht, die Moral u. s. f. begrifflich feststellen will, vom einzelnen Individuum ausgehen? Die ethischen Mächte existieren ja allein infolge des Zusammenlebens der Menschen, setzen also gerade die Vielheit voraus, die der Individualist ausseracht lässt.

Dass die Wissenschaft eine Pflicht im indeterministischen Sinne, eine sogenannte unbedingte Pflicht, nicht anerkennen könne, ist längst festgestellt. „Wenn man . . . von absolutem Sollen und unbedingter Pflicht redet; so speist man den Leser mit Worten ab, ja, gibt ihm eigentlich ein contradictio in adjecto zu verdauen". „Die völlige Undenkbarkeit und Widersinnigkeit des . . . Begriffes eines unbedingten Sollens . . ." (Schopenhauer, Moral § 4).

Die Analyse des Begriffes unter dem deterministischen Gesichtswinkel wird den Kern des Begriffes aufdecken. Naturgemäss beschränkt sich die Untersuchung wieder auf das Verhalten der Widerstrebenden.

Ergeht die Kundgebung des Befehlenden: Ich will, so antwortet der Widerstrebende: Ich will nicht. Die Antwort erfolgt gemäss der Sachlage der ihn beherrschenden Motive. Der Befehlende will nun aber, dass nach seinem Geheisse gehandelt werde. Befiehlt er nun: Du sollst, so entgegnet der Widerstrebende: Ich kann nicht; meine widerstrebenden Motive sind stärker.

Was kann nun geschehen? Der Befehlende weiss: im Widerstrebenden kann ein anderer Wille nicht ausgelöst werden, als die Sachlage der Motive mit sich bringt. Wünscht also der Befehlende, dass der Verpflichtete anders will, als er eben jetzt will, so bleibt ihm nichts übrig, als dass er die Sachlage der Motive ändert, und zwar in der Richtung, dass nunmehr der gewünschte Willensact zustande kommt. Die Aenderung kann entweder derart geschehen, dass zu den dem Befehle entsprechenden Motiven, die allein zu schwach wären, Motive hinzugefügt werden, oder in der Weise erfolgen, dass von den widerstrebenden Motiven, die zu stark gewirkt hätten, Motive weggenommen werden. Nach der einen Methode z. B. verhindert man den Menschen zu stehlen, indem man ihm Strafe droht, nach der anderen, indem man seine Armut behebt.

Wird nun die Aenderung in richtiger Weise vorgenommen, so wird eine doppelte Wirkung erzielt. Fürs Erste: dem Verpflichteten ist es jetzt erst möglich, dem Befehle zu entsprechen. Zum Zweiten: dem Verpflichteten ist es nunmehr eine Nothwendigkeit, dem Befehle zu gehorchen, d. h. er kann jetzt nicht nur seine Pflicht erfüllen, sondern — und das ist der Kernpunkt — er muss sie erfüllen. Er ist also, da ihm eine Ingerenz auf den Befehlenden, wie auf die Kraft und Wirksamkeit seiner Motive nicht zukommt, das Opfer der Gewalt. Indem der Widerstrebende seine Pflicht erfüllt, folgt er lediglich dem Zwange.

Spricht der Indeterminist von freier Wahl der Motive, von Unterdrückung der Gegenmotive, von Sieg und Verzicht, so verhält sich, angesichts der deterministischen Auffassung, der Verpflichtete völlig passiv: er wird gezwungen. Daher ist auch das ideal-ethische Moment ausgeschaltet. Der Verpflichtete führt auch keinen fremden Willen aus, sondern lediglich den geänderten eigenen Willen: coactus volui, tamen volui. Somit entschwindet auch das Moment des Altruismus. Und es bleibt in der That für den Begriff der Pflicht, vom Standpunkte der Willensunfreiheit betrachtet, kein anderes Merkmal als das des Zwanges: Pflicht ist Zwang.

So sagt auch bereits Kant, Tugendlehre, S. 268: „In dem Begriffe der Pflicht ist der einer passiven Nöthigung enthalten (ich werde verbunden)". Und Simmel (Einl. I. Bd. 173) erklärt: „Das Gefühl, verpflichtet zu sein, entsteht zweifellos zu allererst aus dem Zwange, den ein Einzelner oder eine Gesammtheit auf das Individuum ausübt".

Der Satz: Pflicht ist Zwang, gilt aber nicht nur für das Recht. Denn, da er eine rein formale Wahrheit ausspricht und sich als das Ergebnis einer Untersuchung darstellt, die von jedem Inhalte des Befehles abstrahiert, gilt er für alle nur denkbaren Arten der Pflicht, also für alle von den ethischen Mächten auferlegten Pflichten.

Demgemäss sind alle Gebote dieser Mächte aus der Formel „Du sollst", in die Formel „Du musst", aus der Formel „Du sollst nicht", „Du darfst nicht" in die Formel „Du kannst nicht" zu bringen.

Einen scheinbaren Widerspruch mit dieser Lehre enthalten die sg. leges minus quam perfectae, die Thon (Rechtsnorm S. 14) zntreffend in die Formel gebracht hat: „Du kannst, aber Du darfst nicht". Denn wenn: „Du darfst nicht" eigentlich heisst: „Du kannst nicht", so würden diese leges dem unsinnigen Schema entsprechen: „Du kannst, aber Du kannst nicht". Der Widerspruch löst sich dadurch, dass das „Du kannst" hier in zwei verschiedenen Bedeutungen genommen ist. Dasjenige „Du kannst nicht", welches die Folge der zwingenden Norm ist, ist ein Nichthandelnkönnen, das „Du kannst", welches im Schema der lex minus quam perfecta neben dem „Du darfst nicht" figuriert, ist ein Bewirkenkönnen für den Fall des Handelnkönnens.

Nur weil der Gesetzgeber von vorneherein weiss, dass sich seine Verbote nicht ausnahmslos durchsetzen werden, dass er also das Nichtkönnen nur regelmässig erzwingt, kann er für die Fälle, in denen sich sein Befehl nicht durchsetzt, an den Thatbestand der Normübertretung die dem pflichtwidrig Handelnden erwünschte Rechtsfolge knüpfen. Zweifellos wird dadurch der vom Gesetzgeber

verfolgte Zweck vielfach zu nichte gemacht, und zwar umso gewisser, als die leges minus quam perfectae — man denke z. B. an das Eheverbot — zumeist eine nur gelinde Sanction mit sich führen. Eine Betrachtung der in den Gesetzen statuierten leges minus quam perfectae ergibt übrigens, dass sie ihre Existenz zumeist einem Compromisse verdanken, dass sie mehr aus vorübergehenden practisch-politischen Gründen, als in der ernsten Absicht aufgestellt sind, ein „Du kannst nicht" zu statuieren.

Dem Befehlenden ist, nachdem er einen Zwang auf einen Willen übt, begrifflich ein Machtmoment eigen. Nicht die Willenskundgebung irgend eines beliebigen Subjectes kann als Befehl angesehen werden. Vielmehr kann von einem Befehle vernünftigerweise nur dann die Rede sein, wenn der Befehlende die Macht hat, seinen Willen wenigstens regelmässig durchzusetzen. Um dieses Machtmomentes willen erscheinen die ethischen Mächte eben als Mächte. Für sie alle gilt die Bestimmung: Sie sind in letzter Linie ausserhalb des Individuums stehende Mächte, die regelmässig auf den Willen der Menschen einen Zwang üben. Dieser Zwang erscheint als solcher nicht als ein mechanischer, sondern eben als ein psychischer Zwang. Es ist nicht zutreffend, wenn Bierling, Jur. Pr., I. 49 erklärt, dieses Zwangsmoment sei ausseracht zu lassen, und damit die objective Seite der ethischen Mächte übersieht: „Ja gerade in wissenschaftlichen Untersuchungen aus neuester Zeit hat dieser äusserst weite und vage Begriff von »Zwang« mehrfach Anwendung gefunden, indem man einerseits selbst den sogenannten »Geboten« der Mode und Sitte die Eigenschaft »Zwang zu üben« vindiciert hat." Bierling hat Recht, wenn er (ibid. S. 50) den Begriff der „Erzwingbarkeit" unklar nennt. Der Streit über die Zwangsnatur des Rechtes leidet in der Literatur an demselben Mangel, wie der über die Willensfreiheit. Die eine Partei spricht immer nur mechanischem Zwang, die andere will von Zwang überhaupt nichts wissen. Beide Parteien übersehen das in erster Linie zu veranschlagende Merkmal des psychischen Zwanges. Das Recht ist ja geistige Function. Wenn Bierling vermeint, dieses Moment des psychischen Zwanges könne ausser Acht gelassen werden, so liegt darin neben der methodisch nicht empfehlenswerten Vermengung der objectiven und der subjectiven Seite, bezw. der gänzlichen Nichtberücksichtigung der objectiven Seite, offenbar auch die Vorstellung, dass der psychische Zwang ein Zwang niedrigerer Categorie, von geringerer Wirksamkeit sei, als der mechanische Zwang — eine Auffassung, die nicht nachdrücklich genug bekämpft werden kann. Zwang ist Zwang, ob er physisch oder psychisch geübt wird. Ob man Jemanden

mit einem Keulenschlag oder mit einem Wort zu Boden schmettert, die Ohnmacht tritt stets aus einem zureichenden Grunde, also mit gleicher Nothwendigkeit ein.

Das Machtmoment, das dem Befehlenden zukommt, und das ihm ermöglicht, seinen Willen wenigstens regelmässig durchzusetzen, besteht darin, dass ihm Mittel zur Verfügung stehen. Die nähere Characterisierung der Mittel hat aus dem Gesichtspunkt des Zweckes zu erfolgen, dem sie dienen. Die Mittel haben den Zweck, einen Zwang auf den Willen der Menschen zu üben. Dieser Zwang besteht, wie dargelegt, darin, dass der Befehlende die Sachlage der Motive ändert.

Auf den Willen der Menschen kann erfahrungsgemäss nur durch das Medium des Intellectes oder des Gefühles eingewirkt werden. (Mechanische Einwirkung und pathologische Affectionen bleiben ausser Betracht.) Der Einwirkung auf den Intellect, so lehrt ein Blick auf die Rechtssysteme, bedient sich der Gesetzgeber nicht. Er will nicht überzeugen, die Motive des Gesetzes sind nicht Bestandtheile des kundgemachten Textes. Und auch für ein allgemein als unvernünftig, unzweckmässig erkanntes Gesetz muss er, sofern es sich nur im Rahmen des Rechtes überhaupt hält, Gehorsam fordern.

Da sich der Wille als das Spannungsverhältnis zwischen Unlust und Lustgefühl darstellt, ist eine Einwirkung auf ihn, d. h. eine Ablenkung des Strebens, nur in der Weise möglich, dass das Lustmoment, dem er zustrebt, durch Associierung eines Uebels in ein Unlustmoment, das Unlustmoment, von dem sich der Wille abwendet, durch Beigabe eines Lusterregers in ein Lustmoment verwandelt wird. Mit Lohn und Strafe operiert das Recht und operieren die übrigen ethischen Mächte.

Empirische Betrachtung bestätigt die Richtigkeit des deducierten Grundsatzes, und zwar zunächst für die Mächte als rein objectiv gedachte Mächte, weiters aber auch für die subjectivierten Mächte.

Die heteronome Moral und die Sitte, und in ihrem Gefolge auch Religion und Recht stellen die tadelnden Urtheile der Mitmenschen in Aussicht. Der religiöse Gesetzgeber droht mit zeitlichen und ewigen Strafen, das Recht mit den nachtheiligen Rechtsfolgen. Als subjectivierte Mächte operieren sie mit den Gefühlen des Abscheus über die begangene Handlung, des Aergers, der Scham, der Reue.

Als verheissende Mächte stellen sie objectiv die Anerkennung der Mitmenschen, zeitlichen und ewigen Lohn, subjectiv das Gefühl

der Befriedigung über die Erfüllung der Pflicht, des Bewusstseins der Reinheit und Sündlosigkeit in Aussicht.

Und auch das Recht operiert, was allzuselten betont wird, in vielen Fällen mit dem Lohne. Um den Finder zur Rückgabe des Fundes zu bewegen, verspricht der Staat einen Finderlohn; um den Verbrecher abzuhalten, Interessen zu schädigen, verspricht er ihm die Straflosigkeit wegen thätiger Reue.

Kurz, es gibt in der That keine einzige Art der Pflicht, die ein unbedingtes Sollen darstellt. „Eine gebietende Stimme, sie mag nun von Innen oder von Aussen kommen, ist es schlechterdings unmöglich, sich anders als drohend oder versprechend zu denken." (Schopenhauer, Grundlage der Moral § 4). Und treffend sagt Ihering: „Man dürfte ebenso gut hoffen, einen Lastwagen aus der Stelle zu schaffen mittelst einer Vorlesung über die Theorie der Bewegung, als den menschlichen Willen vermittelst des kategorischen Imperativs. Der gleitet spurlos von ihm ab." (Zweck, I, 57).

Aus der Undenkbarkeit eines unbedingten Sollens folgt unmittelbar, dass die Befehle oder Normen, aus denen die ethischen Mächte bestehen, nicht Willenskundgebungen schlechthin sind, sondern dass ein Befehl begriffsgemäss eine Sanction mit sich führt. Norm ist also sanctionierte Willenskundgebung; eine sanctionslose Norm ist eine contradictio in adiecto. Wer daher, wie etwa Binding (Normen I, 39) sagt: „Das Gebot erscheint als ein unbedingtes (ihr sollt dies nicht thun oder jenes thun!)", behauptet etwas Undenkbares; er setzt sich aber auch über die empirisch zu ersehende und nicht wegzuleugnende Thatsache hinweg, dass es keine Norm giebt, die ohne Sanction wäre.

Ihren letzten Grund findet die Lehre, dass es eine sanctionslose Norm nicht geben kann, darin, dass die Wissenschaft nothwendig die Unfreiheit des Willens annehmen muss. Auch eine pflichtmässige Handlung des Widerstrebenden kann nicht ohne zureichenden Grund erfolgen. Ist ein Motiv im Subjecte nicht gegeben, so bedarf es eines Impulses von Aussen. Eine Norm ist mithin — es handelt sich, wie betont, stets nur um die objective Seite — die mit einer Sanction versehene Kundgebung eines Willens, der die Macht hat, sich wenigstens regelmässig durchzusetzen. Hat das Motiv, das der Befehlende mittels seiner Sanction einwerfen wollte, nicht gewirkt, ist also eine ptlichtwidrige Bethätigung erfolgt, so muss der Befehlende, will er sich als eine Macht wirksam erweisen und noch in Zukunft als solche gelten — welcher Wille ihm, da er lediglich als egoistisch anzusehen ist, begriffsnothwendig zuzuschreiben ist —, die Drohungen und Verheissungen verwirklichen.

Indem man nun die Vorstellung eines personificiert gedachten Befehlenden fallen lässt und sich darauf besinnt, dass die ethischen Mächte lediglich gedankliche Zusammenfassungen von Motiven in einzelnen Menschen sind, die ihren Ursprung in der Gattung, bezw. in der Gruppe haben, so erscheint die Gemeinschaft selbst als Befehlender. Nun erst ergibt sich die Richtigkeit des Satzes, dass die ethischen Mächte die verschiedenen Formen darstellen, in welchen die Gruppe ihre Mitglieder zwingt, interessenwidrige Bethätigung zu unterlassen. Pflicht ist mithin — objectiv betrachtet — social-psychischer Zwang. Ihr Begriff erleidet eine wesentliche Einschränkung dadurch, dass von ihr nur gesprochen wird, wenn der Wille des Menschen durch eine Drohung determiniert wird. Man spricht nicht etwa von Erfüllung einer Pflicht, wenn Jemand eine Handlung lediglich deshalb setzt oder unterlässt, weil ihm für diesen Fall ein Lohn in Aussicht gestellt wurde. Man kann nur dann von Pflicht sprechen, wenn die Determination in einer Drohung besteht. Ob sich zur Drohung für den Fall pflichtmässigen Handelns eine Verheissung gesellt oder nicht, ist gleichgiltig, Der Finder hat die Pflicht, die gefundene Sache zurückzustellen, wenn ihm auch ein Lohn nicht in Aussicht gestellt wurde. Man denke sich den Lohn hinweg — die Pflicht bleibt unversehrt bestehen. Hieran mag Kant wohl auch gedacht haben, als er definierte: Pflicht „ist eine Nöthigung zu einem ungern genommenen Zweck" (Tugendlehre S. 230).

Hiebei darf man aber nicht übersehen, wie Bierling thut, dass auch die Verheissung einen psychischen Zwang enthält. Es ist nicht ganz genau, wenn Jhering (Zweck, I S. 102) Lohn und Zwang nebeneinander stellt. Denn die Versprechung eines Lohnes ist nur ein Specialfall des Zwanges. Doch dürfte Jhering hiebei gerade daran gedacht haben, dass nur die Drohung denjenigen Zwang erzeugt, den man als „Pflicht" bezeichnet. Pflicht ist also socialpsychischer Zwang durch Drohung.

Nunmehr treten die ethischen Mächte auseinander.

Als Producte der Gattung sind alle ethischen Mächte in letzter Linie in ihrem Verhältnis zum einzelnen Menschen objective Mächte. Erst im Laufe der Entwicklung subjectivierten sie sich. Mit dem Momente, als das Recht in die Sphäre bewusster Satzung trat, schied es aus dem innigen Verband, in dem es mit den übrigen Mächten gestanden hat, in der Hinsicht aus, dass es auch zur äusseren Macht wurde, während die übrigen Mächte am einzelnen Menschen haften blieben. Der bewusste Gesetzgeber hat im Bereiche der Religion, der Moral und der Sitte nur transscendente Realität in der

objectivierenden Vorstellung der Menschen; dem Rechtsgesetzgeber dagegen kommt reale Existenz zu. Zwar ist, wie betont, daneben auch das Recht subjectivierte Macht geblieben; die Rechtsnormen jedoch unterliegen nicht, wie die anderen, der Selbstgesetzgebung des einzelnen Menschen; ein autonomes Recht im Sinne der autonomen Moral, d. h. vom einzelnen Menschen ausgehend und für ihn allein giltig, ist undenkbar. Die Autonomie ist im Rechtsgebiete Selbstgesetzgebung der Gruppe. Darin liegt der Character des Rechtes als einer objectiven und zugleich subjectiven Macht. Der Anpassungsprocess zwischen den übrigen ethischen Mächten und den Einzelnen ist ein ununterbrochener, die Anpassung erstreckt sich auf den einzelnen Menschen; der Anpassungsprocess des Rechtes dagegen erstreckt sich auf die Gruppe; und er erfolgt, sofern das entwickelte Recht in Betracht kommt, nicht fortlaufend, ohne Stillstand und Unterbrechung, sondern gleichsam ruckweise.

Das Recht als objective Macht erfasst nicht, wie die übrigen, bloss subjectiven Mächte, die Innerlichkeit des Menschen. Wer etwa den Glauben an die Gottheit verloren hat, wer sich die moralischen Normen selbst bildet und die missbilligenden Urtheile der Menschen nicht achtet, für den existieren die subjectiven Mächte nicht. Zwar mögen sie, da sie im Menschen von Geburt an tief eingewurzelt sind, noch immer eine gewisse Wirksamkeit entfalten, so dass die Gefühle der Reue und des Aergers, die im Gefolge normwidriger Bethätigung auftreten, nie ganz niedergekämpft werden können, und es mögen auch die Urtheile der Mitmenschen nicht völlig ohne Einfluss bleiben; wesentlich aber kommt es doch nur auf die seelische Kraft und den Muth der Ueberzeugung an, der solchen Menschen befähigt, den eintretenden Folgen einer Bethätigung, die, vom Standpunkte der objectiven Mächte und der Mitmenschen betrachtet, pflichtwidrig erscheint, ihre Kraft zu nehmen oder sie, so weit möglich, niederzuringen.

Der Wirksamkeit des Rechtes dagegen vermag sich der Mensch nicht zu entziehen. Ohne Rücksicht auf seine psychische Beschaffenheit treten die Rechtsfolgen an ihn heran. Gewiss sind die Rechtsfolgen nicht rein äusserliche Vorgänge, deren Bedeutung in Verschiebungen der Objecte im Raume läge; denn das Recht ist psychologischer Natur, und jede Unrechtsfolge stellt den Vollzug einer Drohung oder Verheissung dar, der als solcher eben Unlust-, bezw. Lustgefühle hervorzurufen bestimmt ist. Ob aber in jedem einzelnen Falle die Voraussetzung des Gesetzgebers zutrifft, ob etwa die Strafe dem Betroffenen thatsächlich als Uebel erscheint, ist für die formale Construction gleichgiltig. Auch die

Einsperrung eines Menschen, der seine That in der Absicht begangen hat, eingesperrt zu werden, ist begrifflich Strafe. Es genügt, dass die Drohung oder Verheissung regelmässig, d. h. in der weit überwiegenden Mehrzahl der Fälle auf die Rechtsunterworfenen abhaltend wirkt, so dass die pflichtwidrige Bethätigung überhaupt nicht zu Stande kommt, und ferner, dass, soweit pflichtwidrig gehandelt wurde, nunmehr die vom Rechte verhängten Rechtsfolgen regelmässig, d. h. in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle diejenige psychische Wirkung üben, die sie nach der Intention des Gesetzgebers üben sollen.

Als objective Macht mithin, deren Wirksamkeit im Principe zwar in der Innerlichkeit des Menschen vor sich geht, dennoch aber nicht in jedem einzelnen Falle von der Art, wie der Betroffene auf die Rechtsfolgen reagiert, abhängt, da das Recht von aussen an ihn herantritt, bedarf das Recht — im Gegensatz zu den anderen Mächten — äusserer Veranstaltungen: eines mechanischen Zwangsapparates.

Das vieldiscutierte Problem, ob dem Rechte der Zwang wesentlich sei oder nicht, leidet in der Literatur an der verhängnisvollen Gepflogenheit, dass man unter „Zwang" zumeist nur mechanischen oder nur repressiven Zwang versteht. So sagt Bähr, Rechtsstaat 6: „Vorbeugende Wirksamkeit, welche die Rechtsverletzung, noch ehe sie geschehen wäre, mechanisch hinderte, ist nur in den seltensten Fällen möglich"; und Jellinek: „Der Zwang ist nur gegen die pathologischen Erscheinungen des Rechtslebens gerichtet." (Soc. Bed. 50.) Die Einen bejahten die Frage und übersahen dabei nur zu oft, dass das Recht in erster Linie psychischen Zwang übe. Denn freilich wäre es absurd, zu behaupten, dass jede Pflichterfülle ung das Resultat mechanischen Zwanges sei. Die andere Partei verneinte die Frage schlechthin und übersah, dass es wesentlich auf den praevenierenden psychischen Zwang ankommt, und dass der psychische Zwang mit nicht minderer Macht zwinge, als der mechanische, dass ferner die gänzliche Abweisung des Momentes des mechanischen Zwanges methodisch nicht unbedenklich ist. Gewiss ist es unrichtig, wenn man dem Rechte in der Weise Zwangsnatur zuschreibt, dass jede einzelne Rechtsnorm nöthigenfalls mittels mechanischer Zwangsmittel durchgesetzt wird. Eine nur oberflächliche Betrachtung der Gesetze ergibt bereits, dass eben nicht alle Rechtsbefehle mit einer speciellen Sanction versehen sind. Daraus kann jedoch keineswegs geschlossen werden, dass der mechanische Zwang dem Rechte überhaupt nicht wesentlich sei, ebensowenig als es gestattet ist, daraus zu folgern, dass der Norm die Sanction begrifflich nicht zukomme. Als Product der Gattung darf das Recht, dessen Function nicht

dem einzelnen Individnum, sondern der Gruppe zugewendet ist, nicht in der Weise begrifflich festgestellt werden, dass man, wie nur zu häufig, vom einzelnen Menschen, vom einzelnen Rechtssatze, vom einzelnen Falle ausgeht. Nur generelle deductive Betrachtung stellt die Methode dar, die dem Rechte begrifflich beizukommen vermag, und sie allein behütet vor unzutreffender Anschauung des Gegebenen und willkürlicher Generalisierung. Methode und gesuchter Begriff stehen in innerlichem Zusammenhang.

Die Schwierigkeit, die die Beantwortung der Frage enthält, ob dem Rechte der Zwang wesentlich sei, spitzt Bergbohm treffend zu, indem er (Jur. 73) das Dilemma formuliert: „Lässt man ihn weg, so öffnet man den blossen Sitten- und allen möglichen anderen Regeln das Einfallsthor in das Rechtsgebiet; nimmt man ihn unter die essentialen Merkmale des Rechts auf, so darf man, scheint es, grosse Partien des Kirchenrechts, Staatsrechts und vielleicht das ganze Völkerrecht durchaus nicht mehr als Recht ansehen, eine schlimme Alternative, die darauf hinweist, dass in dem «Zwang» eben ein noch ungelöstes Problem sitzt".

Eine Entscheidung des Problems wurde im Bisherigen nur insoweit gegeben, als festgestellt wurde, dass das Recht, wie die übrigen Mächte, psychischen Zwang mit sich führt. Die weitere Frage verliert viel der Schwierigkeit, wenn man sich zweierlei vor Augen hält:

1. Vor allem ist erforderlich, zu erkennen, dass dem Rechte wesentlich psychische Zwangsnatur eignet. Ob diese psychische Function lediglich psychologisch vor sich geht, oder ob sie ihren Rückhalt in äusseren Veranstaltungen hat, ist in erster Linie nicht wesentlich. Der äussere Zwang stellt nur das Mittel dar, welches dem Gesetzgeber ermöglicht, psychischen Zwang zu üben. Der mechanische Zwangsapparat bildet die Summe der Veranstaltungen und der Mittel, die dem Gesetzgeber gestatten, Verheissung und Drohung auszusprechen und nöthigenfalls in die That umzusetzen. Und da der psychische Zwang selbst nur das Mittel ist, durch welches die Interessen geschützt werden, erscheint der mechanische als Mittel des Mittels. Man vergisst immer wieder, dass die Interessen in erster Linie nicht dadurch geschützt werden, dass die Unrechtsfolgen eintreten, sondern dadurch, dass nicht pflichtwidrig gehandelt wird. Das Recht ist reale psychische Macht insofern, als es pflichtwidrige Bethätigung verhindert, wie Feuerbach treffend sagt: „unmöglich macht"; und es gilt und wirkt und ist Recht eben nur dann und insoweit, als es pflichtwidrige Bethätigung wenigstens regelmässig verhindert. Ein Hinweis auf das

thatsächliche Vorkommen einzelner Verbrechen vermag die Lehre, dass das Recht reale Macht ist, natürlich nicht zu entkräften, da das Recht bereits dann als Macht anzusehen ist, wenn es pflichtwidrige Bethätigung regelmässig verhindert. Keinesfalls muss es Verbrechen gänzlich ausschliessen. Nicht darin besteht, wie sich noch zeigen wird, das subjective Recht, dass der Berechtigte über den pflichtwidrig Handelnden eine nachtheilige Rechtsfolge heraufbeschwört, sondern darin besteht die Macht des Berechtigten, und aus dem Grunde allein kann das subjective Recht als eine Macht, die das Interesse schützt, angesehen werden, dass die Verpflichteten in den meisten Fällen pflichtgemäss handeln. Im Sinne des Gesetzgebers liegt es, dass pflichtwidrige Bethätigungen überhaupt nicht eintreten. Das Strafgesetz und auch die übrigen Gesetze üben ihre wichtige Wirkung nicht dadurch, dass nachtheilige Rechtsfolgen verhängt werden. Der Gesetzgeber setzt vielmehr Alles daran, dass er nicht in die Lage komme, sie zu verhängen. Das Recht übt die Function, Interessen zu schützen, indem es vor allem präveniert. Generalprävention ist die Signatur des Rechtes auf allen Gebieten, nicht nur auf dem des Strafrechtes.

Die Analyse des Pflichtbegriffes hat ergeben, dass der Befehl der Rechtsordnung den Willen des Verpflichteten durch Association eines Unlustmomentes von seinem Streben, Interessen Anderer zu verletzen, abwendet und ihn in die Bahn leitet, die dem Rechte oder — anders ausgedrückt — dem Berechtigten genehm ist. Das Recht übt sonach die Function, die Interessen zu schützen, dadurch, dass es die Willensdispositionen der Menschen, die ohne seine Einwirkung auseinanderstreben und sich gegen einander kehren würden, in Uebereinstimmung bringt, so dass sie ihre Richtung nunmehr alle auf einen und denselben Punkt nehmen, wie die Eisenstäbe unter der Einwirkung des Magnetes. In dieser gemeinsamen Willensrichtung, deren zwangsfreies Walten den Utopisten als das ideale Ziel vorschwebt, dem die Menschheit zustrebt, liegt der Schutz der Interessen. Sie bildet die Harmonie, die das Recht im Gefolge hat, die Solidarität aller Bürger untereinander.

Die Tendenz, die der Function zu Grunde liegt, lässt sich sonach als das Streben nach dem Idealen bezeichnen, das solange mit Zwang verbunden sein muss, bis der Zwang entbehrlich erscheint. Die heutige Ordnung stellt sich demgemäss als eine anticipierte ideale Ordnung dar, die durch den Missklang gestört wird, dass die Ordnung eine erzwungene ist, was im Gefolge hat, dass pflichtwidrige Handlungen eben nur regelmässig, nicht aber immer unterbleiben, und dass jede solche Bethätigung eine Unrechtsfolge ein-

treten lässt. Die Realisierung der Sanction erscheint sonach als etwas Unerwünschtes, Accidentielles, vom Gesetzgeber nicht Angestrebtes. Ohne Drohung, so wünschte er, möge die Pflicht erfüllt werden. Wesentlich ist also nicht das Eintreten, sondern das Inaussichtstellen der Sanction. Die Unrechtsfolge besteht wesentlich nur darin, dass die Drohung in Vollzug gesetzt wird. Nicht nach den Zwecken der eintretenden Rechtsfolge selbst, etwa der Strafe, des Ersatzes, ist in erster Linie zu fragen, sondern nach den Zwecken ihrer Inaussichtstellung. Für den Berechtigten liegt der Schutz des Interesses in erster Linie und oft genug ausschliesslich darin, dass der Verpflichtete seine Pflicht erfüllt. Ist die pflichtwidrige Handlung gesetzt, so ist dem Interesse bereits zuwider gehandelt worden, und nur in den seltensten Fällen bringt der Eintritt der Rechtsfolge eine völlige Remedur; besteht ja doch das Interesse oft genug nur in dem Momente, in dem es verletzt wurde. „Das »reparirte« Objekt ist und bleibt in zahllosen Fällen etwas Anderes als das unversehrt gebliebene Objekt". (v. Degenkolb, Schadensersatz 67.)

Und nur solcherweise erklärt sich, dass die Rechtsfolge principiell immer eintritt, wenn sie auch eine Remedur nicht mehr bringen kann, und wenn sie, für sich allein betrachtet, geradezu unermessliche Nachtheile für Viele bringt, während sie einen äusserlich sichtbaren Vortheil nicht bewirkt. Ja als geradezu unvernünftig müsste z. B. eine Strafe erscheinen, die das Familienhaupt wegen eines Diebstahles trifft, die dem Verletzten das gestohlene Gut nicht wiedergibt und eine ganze Familie ins Unglück bringt, eventuell die Ursache ist, dass eine ganze Kette von Verbrechen begangen wird. Und wie sich später zeigen wird, tritt die Unrechtsfolge im einzelnen Falle auch dann ein, wenn ein Interesse gar nicht vorlag, dem zuwidergehandelt werden konnte. In all diesen Fällen kann von einer Function der eintretenden Unrechtsfolge, ein Interesse unmittelbar zu schützen, überhaupt nicht die Rede sein.

Die Frage nach der mechanischen Zwangsnatur des Rechtes behandelt mithin etwas principiell Accidentielles. Wesentlich ist in erster Linie nur der psychische Zwang. Ob der mechanische Zwang als constituierendes Merkmal in den Rechtsbegriff aufzunehmen ist, hängt von anderen Erwägungen ab.

2. Es wurde bereits hervorgehoben, dass es nicht angeht, zu argumentieren: Dem Rechte sei mechanischer Zwang nicht wesentlich, weil man sich vorstellen könne, dass das Recht dereinst freiwillig von Allen werde befolgt werden (Trendelenburg, Naturrecht auf dem Grunde der Ethik, 2. Aufl. 1868, S. 19: „Recht bleibt

immer Recht." Ihm folgt Jellinek, socialeth. Bed., 19 [vgl. dagegen die „garantirten Normen" Staatslehre, Bd. I, S. 304]; Hälschner, G. d. Strafrecht I, 19; A. Merkel, Elemente 11).

Hängt es nun auch, wie bereits zugestanden wurde, von dem Zwecke ab, den die Untersuchung verfolgt, die mit dem Rechtsbegriffe operiert, wie weit sie den Rechtsbegriff fassen will, so geht es doch nicht an, dem Rechtsbegriff von vorneherein Merkmale zuzulegen oder abzusprechen, damit die Untersuchung um jeden Preis so ende, wie sie nach der Absicht des Schriftstellers enden soll. Die Untersuchung darf weiters nur mit wissenschaftlich zulässigen Mitteln arbeiten, und sie kann, will sie überhaupt ein brauchbares Resultat ergeben, nur mit Begriffen operieren wollen, die nicht völlig inhaltslos sind, und die gestatten, das Recht gegenüber den anderen ethischen Mächten abzugrenzen.

Zudem wird, wenn man über die Rechtsnatur des Kirchen- und des Völkerrechtes streitet, vielfach übersehen, dass das Recht wesentlich Recht ist, insoferne es gilt und wirkt, während die Art, wie diese Wirkung hervorgerufen wird, ob lediglich psychologisch oder auf Grund äusserer Mittel, erst in zweiter Linie in Betracht kommt. Dass auch dem Kirchenrecht und dem Völkerrecht äussere Mittel nicht völlig fremd sind, offenbart sich bereits flüchtiger Betrachtung. Da das Leben in ständiger Entwicklung begriffen ist, ist es nicht möglich, alle socialen Erscheinungen der Vergangenheit und der Zukunft in ein System von Begriffen zu bringen, das als solches nur das Nebeneinander kennt. In den historisch gegebenen Formen kann man sehr wohl ein unentwickeltes, in den Formen der Gegenwart ein „werdendes" Recht erblicken. Man braucht die Rechtsnatur des Völkerrechtes nicht völlig zu leugnen, wenn man dem Rechte mechanische Zwangsnatur zuerkennt.

Die Betrachtung der heutigen Rechtsordnungen, der culturell höchstentwickelten Rechtssysteme, die, wie dargelegt, für diese Untersuchung, die die Möglichkeit rechtswidriger Bethätigung zur nothwendigen Voraussetzung hat, allein in Anschlag kommen, und welche allein Resultate ergeben kann, die das Seiende erklären und dem Gesetzgeber Dienste leisten, lehrt, dass sich das Recht heute, und, soweit ein Blick in die Zukunft ergibt, auch in den nächstfolgenden Zeiten, eines mechanischen Zwangsapparates bedient.

Wer nun zugibt, dass eine Aufhebung dieses Zwangsapparates heute nicht möglich ist, weil, wie die Erfahrung zeigt, an die Stelle des Friedens und der Ordnung, die allein den Interessenschutz mit sich führen, die Herrschaft der Gewalt treten würde, der hat bereits eingeräumt, dass das Recht in seiner Totalität nur insofern

psychischen Zwang übt, als ihm die physischen Machtmittel zu Gebote stehen. Man nehme dem Gesetzgeber die mechanischen Zwangsmittel, und man wird erkennen, dass nur Träumer und Utopisten von unbedingten Pflichten und zwangsfreiem Rechte reden könnnen.

Dass das Recht, wenn es als ein Ganzes, Einheitliches betrachtet wird, in letzter Linie auf mechanischem Zwang beruht, besagt etwas wesentlich Anderes, als dass jede Pflichterfüllung das Resultat mechanischen Zwanges ist — eine völlig unrichtige Behauptung —, oder dass jede einzelne Rechtsnorm nöthigenfalls mittelst Anwendung mechanischen Zwanges durchgesetzt werde, eine gleichfalls unzutreffende Lehre. Der einzelnen Norm ist lediglich der psychische Zwang wesentlich, dem Rechte, im Ganzen betrachtet, auch der mechanische Zwang.

Und wenn bisher vom Rechte als einer objectiven Macht gesprochen wurde — als welche es allerdings, wie dargelegt, für die formale Construction allein in Betracht kommt —, so ist doch in Anschlag zu bringen, dass die heutigen Rechtsordnungen bereits angepasste Erscheinungsformen des Rechtes sind, sonach der Rechtsunterworfene nicht als Angehöriger der Gattung schlechthin, sondern einer Gruppe auf einer Culturstufe erscheint, die bereits selbst das Product einer Entwicklung ist, in der die ethischen Mächte eine Wirksamkeit entfaltet haben, in der also das Glied der Rechtsgemeinschaft von moralischen und religiösen Motiven gelenkt wird, in der sich mithin das Recht auch als subjectivierte Macht, als Rechtsbewusstsein wirksam erweist. Es ist selbstverständlich, dass der Gesetzgeber, der mit seinen Mitteln haushalten muss und wohl weiss, welch grosse Nachtheile die Verhängung der Unrechtsfolgen in den einzelnen Fällen mit sich bringt, dann mit specifisch rechtlichen Sanctionen, d. h. mechanischen Zwangsmitteln nicht operiert, wenn er voraussetzen kann, dass bereits die subjectivierten Mächte die abhaltende Wirkung üben. Er zwingt sonach diese Mächte in seinen Dienst, er nimmt ein Anlehen bei ihnen auf. Und sollte selbst eine Rechtsnorm einer dem Bereiche der Moral oder der Religion entnommenen Sanction entbehren, so führt sie doch insoferne eine Sanction mit sich, als das Rechtsbewusstsein in dem einzelnen Menschen wirkt, als die Mitglieder der Rechtsgemeinschaft das Recht als eine „Autorität" betrachten, der Gehorsam geschuldet wird. Und soferne das Rechtsbewusstsein sowohl, als mittelbar auch die übrigen ethischen Mächte in letzter Linie die Interessen nur schützen können, weil sie selbst vom Rechte als objectiver Macht geschützt werden, und soferne das Recht aber seinerseits nur, weil ihm mecha-

nische Zwangsmittel zur Verfügung stehen, psychischen Zwang entfalten kann, enthält jede Norm in letzter Linie ein Element mechanischen Zwanges in sich. Unmittelbar ruht das Recht als objective Macht, mittelbar ruhen auch das Rechtsbewusstsein und die übrigen Mächte auf dem mechanischen Zwangsapparat. Solcherart löst sich die Antinomie, die darin zu liegen scheint, dass es, wie die Analyse des Pflichtbegriffes gezeigt hat, sanctionslose Normen nicht geben könne, und dass doch manche Rechtsnormen einer sichtbaren Sanction entbehren. Es ist methodisch nicht zulässig, aus der Betrachtung dieser einzelnen selten vorkommenden Normen generalisierend zu schliessen, dass der Norm die Sanction nicht wesentlich sei, sondern es ist umgekehrt mittels genereller Betrachtung aus den höchsten Principien der Begriff der Norm zu entwickeln und zu zeigen, dass die Erscheinungen, die dem deductiven Resultate zu widersprechen scheinen, eben nur scheinbare Ausnahmen sind. Die s. g. leges imperfectae sind keineswegs sanctionslose Normen, wie Binding annimmt. Sofern ein anscheinend sanctionsloser Rechtssatz thatsächlich Geltung findet — und nur als solcher ist er in Wahrheit ein Rechtssatz —, hat er bereits bewiesen, dass ihm eine Sanction, die motivierende Kraft hat, zur Seite steht; da eben ohne Motiv eine Handlung überhaupt nicht statthaben kann.

Das Recht als objective Macht ist, im Gegensatz zu den übrigen ethischen Mächten, eine unmittelbar auf Grund mechanischer Zwangsmittel auf den Willen der Menschen wenigstens regelmässig wirkende psychische Macht. Nur insoferne sich das Recht wenigstens regelmässig durchsetzt, kann es als wirkendes geltendes Recht, als Macht angesehen werden.

Es ist eine Selbsttäuschung, wenn Bierling Jur. Pr. II, 361, erklärt: „Nur wer gegen eine ihn treffende Anordnung ankämpft oder sich sonst ihrem Einflusse zu entziehen vermag, darf behaupten, sich ihr nicht unterworfen zu haben; wer sie thatsächlich beobachtet, und sei es auch noch so ungern, der erkennt sie damit auch thatsächlich als für sich gültig an". Danach würde die Anerkennung dort am stärksten hervortreten, wo der grösste Zwang geübt wird. Wer etwas „noch so ungern", aber dennoch thut, thut es gewiss nur, weil er dazu gezwungen wird. Und nur weil das Recht die Widerstrebenden zwingt, kann es sich durchsetzen und seine Geltung bewahren. Freilich könnte der Zwang von aussen allein nicht genügend wirken. Wenn aber der zum Verbrechen bereits Disponierte — welche Disposition vielleicht gerade darin gründet, dass er die geltenden Gesetze als für sich bindend nicht anerkennt und

eine Aenderung der bestehenden Ordnung herbeiführen will — die pflichtwidrige Handlung unterlässt, kann nicht behauptet werden, dass die Anerkennung die Ursache der Unterlassung sei, sondern nur, dass der Nichtanerkennende dem Zwange weiche: „Die Culturerrungenschaften der Menschheit können nur in einer regelmässig organisierten Gemeinschaft erreicht werden, und zwar muss es eine Gemeinschaft sein, die nach gewissen Richtungen hin den Character der Zwangsgemeinschaft an sich trägt; denn in der Menschheit gibt es eine solche Menge culturwidriger Elemente, dass nur durch Zusammenstehen aller Culturbestrebenden und durch gewaltsame Niederdrückung der feindseligen Glieder das Ziel erreicht werden kann". (Kohler, Einführung, 105).

Man darf aber nicht nur an den Zwang denken, der die Unrechtsfolge nach geschehener pflichtwidriger Bethätigung eintreten lässt, wie etwa Jellinek in der bereits citierten Stelle thut: „Der Zwang ist nur gegen die pathologischen Erscheinungen des Rechtslebens gerichtet" (Soc. Bed. 50). Vielmehr ruht das ganze Recht als prävenierende Function auf dem mechanischen Zwangsapparat, so dass sich die pflichtmässige Handlung selbst als Product des Rechtszwanges — im Falle freiwilliger Pflichterfüllung allerdings nur des im Rechtsbewusstsein mittelbar wirkenden physischen Zwanges — darstellt. Man kann sohin auch nicht sagen: „Wer den Zwang zu den unverbrüchlichen Merkmalen des Rechtes zählt, muss sich auch zu jener rein mechanischen Auffassung der Gesellschaft bekennen, nach welcher diese ohne Rücksicht auf die sittliche Beschaffenheit ihrer Mitglieder, durch reflectierenden Egoismus oder durch rohe Gewalt möglich ist." (Jellinek, Soc. Bed. 50.) Dies könnte nur gegen die alleinige Betonung des mechanischen Zwanges gelten.

Die vorgenommene Einschränkung des Rechtsbegriffes rechtfertigt nun auch die enge Begrenzung, die den übrigen ethischen Mächten zu theil wurde, als über ihre Vergleichung mit dem Rechte gehandelt wurde. Um einen Rechtsbegriff aufzufinden, der fruchtbar verwendet werden, d. h. heutige Rechtsinstitute erklären kann, ist die enge Begrenzung unbedingt erforderlich. Vergangene und zukünftige Zustände, welche mit den heutigen Einrichtungen und Anschauungen nichts als den ihnen ohne Berücksichtigung der Bedürfnisse der Wissenschaft zugelegten Namen gemeinsam haben, wie etwa der „Staat" der Inkas, das „Recht" des „geschlossenen Handelsstaates" Fichte's oder die „Moral" der Kaffern mögen wichtige historische Daten, bezw. Constructionsbehelfe im Sinne heuristischer Hypothesen liefern. Sobald man aber versucht, diese entlegenen Gebilde unter einen gemeinsamen Oberbegriff zu sammeln, kann

nur ein derartig leerer und inhaltsloser Begriff zu stande kommen, dass so viel wie nichts behauptet wird, wenn man auf solcher Grundlage das Völkerrecht als Recht im vollen Sinne des Wortes, die Despotie einen Staat nennt. All die subtilen Unterschiede, wie etwa zwischen Völkerrecht und äusserem Staatsrecht, zwischen Bundesstaat und Staatenbund und ihren Gliedstaaten, entziehen sich völlig der Wahrnehmung, wenn man einen Massstab anlegt, der für mehrere Jahrtausende gelten soll.

Und immerhin gestattet noch die Feststellung des Begriffes in den engsten Grenzen, diejenigen Begriffsmerkmale wegzudenken, die als unberechtigte Einschränkung erscheinen. So könnten Diejenigen, welche überzeugt sind, dass die Menschheit dereinst ohne mechanische Zwangsmittel Ordnung und Frieden finden werde, das Merkmal des mechanischen Zwanges aus der Begriffsbestimmung streichen, so dass lediglich der psychische Zwang übrig bleibt; man versuche aber, die Streichung fortzusetzen und auf dieser Basis ein Criterium für die formale Abgrenzung des Rechtes von den übrigen Mächten zu finden.

Bewusst oder unbewusst legen sich auch die anderen Wissenschaften Beschränkungen auf. So fällt es der Philosophie nicht ein, zu behaupten, dass die Lehre Schopenhauer's, „das Ding an sich" sei Wille, deshalb als eine nicht transscendente zu bezeichnen sei, weil man sich vorstellen könne, dass im Laufe der Entwicklung die Denkfähigkeit so wachsen werde, dass der Mensch imstande sein werde, das Ding an sich zu erkennen.

Nachdem die hier vertretene Auffassung die Zwangsnatur des Rechtes nicht in der Weise verstanden wissen will, dass jede Norm begrifflich mit einer mechanisch zwingenden Rechtsfolge ausgestattet sein müsse, und dass der mechanische Zwang der einzige Zwang sei, der im Dienste des Rechtes steht, kehren sich die Einwendungen, welche gegen diese Auffassungen — mit Recht — erhoben wurden, nicht wider die hier vertretene, die den psychischen Zwang in erste Linie stellt, und die weder die Wirksamkeit der anderen socialpsychischen Mächte, noch des Rechtsbewusstseins übersieht.

Dass das Recht in letzter Linie nur dadurch, dass ihm physische Mittel zu Gebote stehen, auf die der Gesetzgeber bei Erlassung seiner Befehle hinweisen kann, psychischen Zwang übt, dass aber nicht jede einzelne Rechtsnorm nöthigenfalls mittelst mechanischer Zwangsübung durchgesetzt werden kann, oder — besser gesagt —, nachdem die Durchsetzung doch nie mehr in der ursprünglich beabsichtigten Weise, zur bestimmten Zeit und am bestimmten Orte

und zu Gunsten desjenigen Interesses, das die Norm von vornherein schützen wollte, möglich ist, wenn einmal die psychische Macht im einzelnen Falle nicht wirksam war, und daher die pflichtwidrige Handlung gesetzt werden konnte, — dass also das Recht als ein Totales, nicht aber in allen seinen einzelnen Bestandtheilen, in allen Normen physischen Zwang mit sich führt, veranlasst die Frage: Das Recht wirke doch immer nur in den einzelnen Menschen als einzelner Impuls, es sei nicht eine reale Einheit, und es gebe nicht ein Gesammtrechtsmotiv, sondern nur ein ganz unübersehbares Neben- und Nacheinander einzelner Motive, und diese einzelnen Motive führten nur entweder physischen Zwang mit sich oder nicht; was sonach als Recht des Totales bezeichnet wurde, müsse erst in die in den einzelnen Menschen wirkenden Motive zerlegt werden?

Da der Gesetzgeber seine Befehle und die Rechtsfolgen, mit denen er sie ausstattet oder bereits von anderer Seite her ausgestattet denkt, auf den Durchschnitt der Rechtsunterworfenen berechnet und dadurch regelmässig auf diese wirken will, und nachdem es nur dann einen vernünftigen Sinn und practische Bedeutung hat, dass er unter Berufung auf Machtmittel, mit denen er seinen Willen durchzusetzen vermag, Befehle erlässt, wenn die Drohungen oder Verheissungen auch thatsächlich vollzogen werden, so muss er die Befehle, die er erlässt, regelmässig mit mechanisch zwingenden Rechtsfolgen versehen. Was als Recht als Totales bezeichnet wird, ist nichts als die überwiegende Mehrzahl der einzelnen Rechtsnormen. Dass die rechtlichen Befehle mechanischen Zwang mit sich führen, bildet die Regel. Die Normen, die des mechanischen Zwanges entbehren, deren Zahl eine verschwindend kleine ist, erscheinen als Ausnahme. Man hat also nie zu fragen, warum eine bestimmte Rechtsnorm mit mechanischem Zwang ausgestattet wurde, sondern gerade umgekehrt, wenn eine mechanische Rechtsfolge nicht aufzufinden ist, zu fragen, wieso denn der Gesetzgeber gerade in diesem Falle voraussetzen konnte, dass der Befehl sich auch ohne Androhung einer specifisch-rechtlichen Folge regelmässig durchsetzen werde; und es ist dann sorgfältig zu untersuchen, aus welchem Grunde die rechtliche Sanction unterbleiben konnte.

Die nähere Untersuchung dieser Frage wird eine Vierheit von Unrechtsfolgen ergeben (siehe unten § 13).

Wird das Recht schlechthin als eine psychische Macht, die auf Grund mechanischer Zwangsmittel wirkt, bezeichnet, so hat man hierbei das Recht als eine Einheit, als eine Totalität im Auge, in dem Sinne, wie man vom „objectiven Recht“ spricht.

Objectiv sind in letzter Linie, wie wiederholt betont, alle ethischen Mächte insofern, als sie, von der Gattung ausgehend, an den Einzelnen als principiell fremde von aussen herantreten. Sie alle unterliegen im Laufe der Entwicklung dem Processe der Subjectivierung, indem sie nunmehr aus dem Innern der Menschen sprechen und solchermaassen den Widerhall der Stimme Aller in der Brust des Einzelnen darstellen. Die Subjectivierung der Mächte erscheint insoferne als ein Atomisierungsprocess. Was dem Einzelnen früher die Mitmenschen befahlen, das normiert jetzt die Stimme des Innern. Das dem naiven Geiste eigene Objectivieren aber verlegt die befehlende Instanz wieder aus dem Innern heraus in eine räumlich gedachte Sphäre. Dem Verpflichteten tritt eine Vorstellung als Befehlender gegenüber, und er scheint nicht mehr zu seinen Mitmenschen in Beziehung zu stehen, sondern zu sich, bezw. zu einer Vorstellung, der er — transscendente — Realität beilegt. Dass die hierdurch erzielte Beschränkung der Handlungsfreiheit den Mitmenschen zu Gute kommt, entgeht dem in sich und in die Vorstellung des Befehlenden Versenkten.

Nicht so im Bereiche des Rechtes. Der bewusste Gesetzgeber steht Jedermann sichtbar vor Augen. Die Rechtsnormen verkörpern sich — wenigstens zum grössten Theil — in geschriebenen Gesetzen, eine verschiedene Interpretation seitens der Betroffenen vermag an ihrer starren Wirksamkeit nichts zu ändern; eine befehlende Instanz, deren Wille mit ihnen nicht übereinstimmt, erkennen sie nicht an. Nur auf das Recht in seiner Gesammtheit, als welches es auch das Rechtsbewusstsein in sich begreift, und durch dessen Wirksamkeit es in innigem Contact mit den subjectivierten Mächten steht, übertragen die Menschen, indem ihr Geist diese verbindende Brücke überschreitet, die objectivierende Vorstellungsweise. Dem Naiven scheint das Recht — in abstracto gedacht — gleich der Moral und der Religion nicht dem Zusammenleben der Menschen zu entstammen, sondern einem Meteor gleich aus ferner Höhe zu kommen.

Als objective Macht dagegen verkörpern sich den Einzelnen die Normen im „Staate", in der „Rechtsordnung". Soferne im Rechtsgesetzgeber das Bewusstsein wach ist, dass er, den Zwecken der Menschen dienend, ihre Interessen gegen Verletzungen der Mitmenschen sicherstellt, werden im Bereiche des Rechtes nicht, wie bei den übrigen ethischen Mächten, die einer bewussten Zwangsübung entbehren, ob des Strebens nach Vermeidung individueller Reaction, etwa um der Ruhe des Gewissens oder der Seligkeit im Jenseits willen, die Pflichten als einem überirdischen Zwecke dienend angesehen; wie der Gesetzgeber weiss, dass er die Beziehungen

zwischen den Menschen regelt, so empfindet auch der Verpflichtete, dass ihm um der Mitmenschen willen die Rechtspflichten auferlegt werden.

Zwar fühlt sich auch im Bereiche des Rechtes der von der Norm Betroffene nicht nur einzelnen Nebenmenschen, sondern dem „Staate" selbst, der „Rechtsordnung" verpflichtet. Aber in solcher Vorstellung könnte nur insoferne ein speculatives Moment erblickt werden, als der Mensch, sich nicht damit begnügend, den Staat als eine Einheit zu erfassen, ihm transscendente Realität beilegt.

Solcher Vorstellungsweise gegenüber — der selbst die Wissenschaft manchmal Gefolgschaft leistete — ist allerdings darauf hinzuweisen, dass der Staat, das objective Recht nicht eine neben den Menschen gegebene Grösse ist. Das objective Recht als reale Lebenseinheit begreifen, heisst, sich der „Vergötterung des Rechtes" schuldig machen. Immer wieder hat die Erkenntniscritik zu betonen, dass es nicht angeht, auf wissenschaftlichem Gebiete dem naiven, zumeist der Versenkung in moralische Normen entspringenden Denken zu folgen. Was diesem als reale Einheit erscheint, ist nichts als gedankliche Zusammenfassung. Zu den Begriffen des objectiven Rechtes, des Staates gelangt man erst — wenn man das Recht nicht etwa vom Standpunkte der Normen betrachtet, wonach das objective Recht, da die Norm der Pflicht und dem subjectiven Rechte nur als zeitlich vorangehend gedacht werden kann, als das logische Prius aufzufassen ist — durch eine Synthese. So gewiss die gedanklichen Einheiten für das Recht von Bedeutung sind, und daher als solche für das zweckstrebende Handeln der Menschen nicht geleugnet werden können, ohne dass man mit der wesentlichen Natur des Rechtes als einer objectiven Macht, als welche es Zweckinstitution ist, in Conflict käme, so gewiss ist es Aufgabe der Jurisprudenz, diese Einheiten als Producte des Denkens zu erkennen und die logische Form zu suchen, in der sich die Vielheit zur Einheit zusammenfaltet. Solcherart schafft sie die Brücke zwischen dem realen Boden, von dem immer wieder auszugehen ist, und zwischen der „übergeordneten Macht": dem „Recht". Ist das Recht wesentlich geistige Function in den einzelnen Menschen, und gibt es vermöge des Waltens eines bewussten, zweckstrebenden Gesetzgebers keine Pflicht, die nicht Menschen zu Liebe auferlegt wäre, dann steht in letzter Linie der einzelne rechtliche Verpflichtete nicht mit einer übermenschlichen Macht in Beziehung, wie im Bereiche der subjectiven Mächte, die eines menschlichen Gesetzgebers ermangeln, angenommen wird, und welche Annahme zu ihrem eigenthümlichen Wesen zu zählen ist, sofern es sich um die Vor-

stellungsweise der Menschen handelt; im Rechte handelt es sich vielmehr ausschliesslich um Beziehungen zwischen Menschen. Die Rechtswissenschaft hat daher alle diejenigen Gebilde, die dem naiven Denken als reale Einheiten erscheinen, auf Beziehungen zwischen einzelnen Menschen zurückzuführen. Immer wieder hat sie zu ebnen und zu glätten, das, was als ein „Oben" erscheint, zu zergliedern und auf den realen Boden zu stellen, wo es allein erkannt werden kann. Da es aber ihre Aufgabe nicht sein kann, die Einheiten für das menschliche Bewusstsein aufzuheben, hat sie die beiden Wege zu beschreiten, die es ihr ermöglichen, dem Dilemma zu entrinnen, das sich jetzt erhebt: Sie soll die Einheit anerkennen, und sie soll sie in die Vielheit auflösen. Sie soll den Grundsätzen gerecht werden: Das Recht gilt der Gruppe, real gegeben sind nur Individuen.

Die beiden Wege bestehen darin, dass sie synthetisch wieder zusammenschliesst, was sie analysiert hat, und dass sie stets darauf bedacht ist, dass das Recht wohl immer in einzelnen Menschen geistige Function ist, dass aber diese Einzelnen nicht als isolierte Individuen, sondern als Mitglieder der Gemeinschaft in Betracht kommen. Solcherart erschliesst sich ihr nicht entgegen, sondern im Einklange mit der generellen Natur des Rechtes die Erkenntnis, dass das Recht wesentlich in Beziehungen zwischen Menschen besteht.

Das Recht ist mithin — immer objectiv betrachtet — eine unmittelbar auf Grund mechanischer Zwangsmittel wirkende, sich wenigstens regelmässig durchsetzende psychische Macht über den Willen der Menschen, die die Function übt, in der Form von — erst näher zu characterisierenden — Beziehungen zwischen Menschen die Interessen der Zusammenlebenden zu schützen.

Das Mittel des Schutzes ist die Auferlegung von Pflichten. Der Pflichtbegriff ist der Mittelpunkt des Rechtssystems.

Daraus nun, dass das Recht als objective Macht Motiv im widerstrebenden Verpflichteten ist, und dass diese Motive als Resultate social-psychischen Zwanges Pflichten sind, folgt, dass das objective Recht — im Gegensatz zum subjectiven Rechte gemeint — ein Complex von Pflichten ist. Und da eine Pflicht nicht denkbar ist ohne Imperativ, d. h. ohne den zwingenden Befehl, die Norm, ist das Recht ein Complex von Imperativen. Der Imperativ verhält sich zur Pflicht, wie der Pfeil zur Wunde: ohne Imperativ keine Pflicht. Das übersieht Kohler: „In der That ist die Norm höchst überflüssig" (Einf. 139).

Da nun aber das Recht als objective Macht zugleich ein Complex von Beziehungen zwischen Menschen ist, welche Beziehungen eben gerade durch die Auferlegung der Pflichten geschaffen werden, da ja die Motive allein den realen Thatbestand bilden, der das Urtheil gestattet: Es gibt ein Recht als objective Macht, so muss nothwendig der rechtlich Verpflichtete mit irgend einem anderen Menschen in einer Rechtsbeziehung stehen. Die Person dieses Anderen kann nur durch die inhaltliche Seite des Rechtes bestimmt werden, da das Recht formell lediglich Function im Verpflichteten ist. Und da, wie festgestellt, das Recht eben die Function übt, die Interessen der zusammenlebenden Menschen zu schützen, und da der Gesetzgeber keinen Imperativ erlässt, der nicht den Zweck hätte, einem Interessenten zugutezukommen, erscheint der mit dem Verpflichteten in Beziehung stehende geschützte Interessenträger als der Berechtigte. Keineswegs kann aber Derjenige schlechthin als Rechtsträger erscheinen, dem rein thatsächlich ein Schutz dadurch zu theil wird, dass einem Anderen eine Pflicht auferlegt wird; denn da das Recht als objective Macht, das von einem bewussten Gesetzgeber ausgeht, unter dem Zweckgedanken zu erfassen ist, kann nur der Träger desjenigen Interesses als berechtigt angesehen werden, dessen Schutz der Gesetzgeber bezweckt.

Gerade deshalb, weil im Bereiche des Rechtes ein den Mitgliedern der Gemeinschaft entrückter, nach bewussten Zweeken vorgehender Gesetzgeber existiert, treten den Rechtspflichten subjective Rechte gegenüber. Aus dem Gewirre von Beziehungen, die das Recht überhaupt, als subjective und objective Macht veranschlagt, constituieren, hebt die rein formale Betrachtung nur jene ganz bestimmten Beziehungen heraus, die sich jeweils von einem widerstrebenden Verpflichteten zu dem durch die auferlegte Pflicht geschützten Interessenträger spinnen. Im Gebiete der übrigen ethischen Mächte, die, wie festgestellt, einen bewussten Gesetzgeber nicht kennen, gibt es keine derartigen, festen Beziehungen zwischen bestimmten einzelnen Menschen. Sie treten hiermit, was die Natur der Beziehungen betrifft, an die Seite des Rechtes als einer subjectiven Macht. Hiermit wird dem innigen Connex, der zwischen dem Rechte als subjectiver Macht und den übrigen — intrasubjectiven — ethischen Mächten herrscht, Rechnung getragen. Es wird ferner der Fehler vermieden, das Recht als objective Macht den subjectivierten Mächten schlechthin zu coordinieren.

Nunmehr ergibt sich neben der methodologischen noch die sachliche Rechtfertigung dafür, dass das Recht für die formale Construction nur als objective Macht veranschlagt wird. Wie dar-

gelegt wurde, kommen für die Feststellung der Grundbegriffe des Rechtes nur die höchstentwickelten Rechtssysteme in Betracht. Das Mitglied der entwickelten Rechtsgemeinschaft ist nicht der Gattungsangehörige schlechthin; denn es ist das Product einer Entwicklung, in der die ethischen Mächte bereits eine Wirksamkeit entfaltet haben, es ist Träger der subjectivierten Mächte. Die Erfüllung der Pflichten, die ihm auferlegt werden, ist nicht lediglich das Product des von aussen geübten Zwanges. Die Mehrzahl der Rechtsunterworfenen erfüllt die Pflichten freiwillig. Gerade aber, sofern die Pflichten freiwillig erfüllt werden, kann man vom Standpunkt der Individuen von Pflichterfüllung nicht sprechen. Denn, wie schon Kant richtig hervorgehoben hat: „Was ein jeder schon von selbst thut, gehört nicht unter den Begriff der Pflicht".

Nur weil der Mensch ursprünglich, als Gattungsangehöriger, nothwendig egoistischer Natur ist, und weil dieser Egoismus von den Mächten nicht bekämpft, sondern abgelenkt wird, daher die ursprüngliche Natur des Menschen trotz aller Wirksamkeit der Mächte sich in gewisser Weise geltend macht, kann man auch im Bereiche der subjectivierten Mächte von Pflichten sprechen. Sie sind, soweit freiwillige Befolgung in Frage steht — und diese bildet ja die Regel —, nicht Pflichten im strengen Sinne des Wortes. Sehr wohl aber thut sich ihr Character kund, wenn man den Druck der geltenden Urtheile und des Gewissens auf den Widerstrebenden ins Auge fasst. Im wahren Sinn ist Pflicht nur Zwang, geübt auf den Widerstrebenden. Und da der objective Gesetzgeber und der mechanische Zwangsapparat heute nur deshalb nothwendig sind, weil nicht alle Mitglieder der Rechtsgemeinschaft — eben vermöge der egoistischen Grundstimmung der Menschen — ihre Pflichten freiwillig erfüllen, kommt für die formale Construction bloss der Widerstrebende in Betracht. Ursprünglich ist Pflicht lediglich objectiver socialpsychischer Zwang. Für das Recht als entwickeltes Recht und in seiner Totalität betrachtet, mithin als objective und subjective Macht, ist Pflicht theils subjectivierter Zwang, d. h. Drang von innen, theils objectiv geübter Zwang, Zwang von aussen. Die Schwierigkeit, mit der die Feststellung des Pflichtbegriffes kämpft, besteht darin, dass man weder schlechthin sagen darf, die Pflicht sei etwas bloss Objectives — widrigens sie von der brutalen Gewalt nicht unterschieden wäre —, noch auch, sie sei etwas bloss Subjectives — widrigens sie ja nicht Gebundenheit, sondern lediglich Willkür wäre. Wesentlich ist der Pflicht, wie die phylogenetische Betrachtung ergeben hat, immer das Moment der Objectivität; was sich schon darin zeigt, dass Niemand sich

selbst befehlen kann. Dagegen ist nicht jeder einzelnen Verpflichtung das Moment der Subjectivität wesentlich; denn eine Rechtspflicht liegt auch dann vor, wenn sich der einzelne rechtlich Verpflichtete nicht gebunden fühlt. Es entsteht also der Widerspruch: Pflicht im wahren Sinne enthält immer das ethische Moment des Sichverpflichtetfühlens, und: Rechtspflicht erfordert nicht in jedem einzelnen Falle eine subjective Anerkennung. Der Widerspruch löst sich, wenn man bedenkt, dass das Recht eine sociale, generelle Macht ist, wonach nicht jede einzelne rechtliche Verpflichtung, wohl aber die weit überwiegende Mehrzahl das Moment der Anerkennung mit sich führt; weiteres, indem man die inhaltliche Seite heranzieht und erwägt, dass Jeder, der sich durch Auferlegung einer Pflicht lediglich bezwungen fühlt, auch seinerseits gegen Widerstrebende geschützt wird, wenn seine Interessen von ihnen bedroht werden.

Da das Recht wesentlich wirkendes, geltendes Recht ist, als welches eben die Erfüllung der Pflichten regelmässig durchsetzt, ist die Rechtspflicht, sofern das Recht als objective und subjective Macht veranschlagt wird, zugleich äusserer und innerer Zwang. Als innerer Zwang gehört sie der subjectiven, als äuserer der objectiven Seite des Rechtes an. Da sich aber, wie betont, auch der innere Zwang nur als verinnerlichter äusserer Zwang darstellt, und da sich ferner das Recht auch gegen die Widerstrebenden als solches bewährt, weil jeder einzelnen Verpflichtung nur das Moment der Objectivität, nicht aber das der Subjectivität wesentlich ist, ist die Rechtspflicht, wie mehrmals betont, für die formale Construction, die von der subjectiven Seite abstrahiert, nur als äusserer Zwang, der den Widerstrebenden beugt, anzusehen. —

## B. Das Recht — ein Complex von Imperativen.

### § 9. Objectives und subjectives Recht.

§ 9. Objectives und subjectives Recht

Die Ausführungen über den Begriff des Rechtes haben die Definition ergeben: Das Recht ist eine auf Grund mechanischer Zwangsmittel wirkende, sich begrifflich wenigstens regelmässig durchsetzende Macht über den Willen von Menschen, welche die Function übt, die Interessen der zusammenlebenden Menschen zu schützen. Das Mittel des Schutzes ist — für die objective Seite — die Begründung von Pflichten, die den Widerstrebenden von interessenwidriger Bethätigung abhalten.

Die gegebene Begriffsbestimmung leidet an dem Mangel, dass sie vom Recht als einem einheitlichen Ding spricht, als stände den Menschen ein in sich geschlossenes Umgrenztes gegenüber. In Wahrheit jedoch ist das Recht nicht etwas, was neben den Menschen besteht; es ist, wie festgestellt, psychologischer Natur und nur in den Köpfen der Menschen gegeben und wird, da es nicht Qualität von Menschen und Dingen ist, lediglich in Beziehungen zwischen Menschen existent. Nicht das „Recht" als eine neben oder über den Menschen gegebene Macht wirkt auf die Menschen, sondern ausschliesslich Menschen auf Menschen. Von allen Motiven, welche Bethätigungen von Menschen auslösen, die durch ihre Richtung auf die Interessen anderer Menschen für das Zusammenleben bedeutungsvoll sind, isoliert die Rechtswissenschaft einen Theil, eine Gruppe, ja genau genommen zerlegt sie die Motive, die zu den Bethätigungen führen — da eben die ethischen Mächte in der Psyche des Menschen verschmolzen sind und nicht etwa neben einander einhergehen — in Bestandtheile, und sie vindiciert einen dieser Bestandtheile, ihn gedanklich isolierend, als ihr Object für ihr Gebiet.

Den ganzen Complex von psychischen Functionen, der das Recht ausmacht, theilt die Trennungsmethode in zwei grosse Gruppen, deren eine die eben genannten Motive, bezw. Motivtheile umfasst, und die das Recht als objective Macht bildet, das lediglich Motiv im widerstrebenden Verpflichteten ist; deren andere, das Rechtsbewusstsein, Rechtsgefühl, in Gefühls-, Urtheils- und Willensdis-

positionen in allen Rechtsunterworfenen schlechthin besteht, die ein Widerstreben regelmässig gar nicht eintreten lassen. Das objective Recht, als objective Macht betrachtet, ist sonach als Einheit lediglich das Product des Denkens, welches eine Unzahl von Machtäusserungen bestimmter Natur, die im menschlichen Gemeinleben da und dort, durch Zeit und Raum getrennt, zu Tage treten, als eine einheitliche Macht betrachtet. Nirgends gibt es in der Realität ein einheitliches objectives Recht neben den einzelnen Machtverhältnissen, d. i. eben: den Rechtsbeziehungen, bezw. den Machtträgern, den Rechtssubjecten. Nirgends gibt es ein objectives Recht als einheitliche reale Macht; reale Macht sind immer nur die einzelnen subjectiven Rechte. Denkt man diese weg, so fällt auch das objective Recht, denkt man das objective Recht weg, so fällt nur die einheitliche Zusammenfassung. Daraus ergibt sich die Bestimmung: Das subjective Recht ist Macht.

(Um Missverständnissen zu begegnen, sei bemerkt, dass hier das Wort: objectives Recht nicht im Sinne von Gesetz, sondern nur von geltendem, wirkendem Recht gebraucht wird, dass ferner der Ausdruck: subjectives Recht hier die dem einzelnen Menschen zustehende Berechtigung bezeichnet, nicht, wie z. B. bei Gierke, Privatrecht I, 3. Abschnitt, den „Inbegriff der Rechtsverhältnisse", oder „der Befugnisse und Pflichten". Objectives und subjectives Recht werden hier einander gegenübergestellt als das gedachte Allgemeine und das thatsächlich gegebene Einzelne.)

Da nun alles Recht wesentlich in Beziehungen zwischen Menschen besteht, und da die Pflicht, als von einem bewussten Gesetzgeber begründet, gemäss der Function des Rechtes, die Interessen der zusammenlebenden Menschen zu schützen, stets zu Gunsten eines bestimmten Interessenträgers auferlegt wird, lässt sich das subjective Recht definieren als die Macht, die der Träger eines Interesses dadurch über einen mit ihm in Beziehung stehenden Widerstrebenden übt, dass diesen ein Motiv von pflichtwidriger Bethätigung gegen das Interesse abhält. Nunmehr ergibt sich auch die Richtigkeit der Definition der Pflicht als eines Zwanges. Die beiden Seiten der Rechtsbeziehung, Recht und Pflicht, stehen einander gegenüber als Macht und Zwang. Es ist unmöglich, einen der beiden Beziehungspunkte in seinem Wesen anders zu fassen, wenn nicht der andere ebenfalls geändert wird. Eine Macht, die nicht zwingt, ist ein Nonsens; und einen Zwang, der nicht von einer Macht ausgeht, gibt es nicht.

Hat sich auf diese Art der Begriff des subjectiven Rechtes aus demjenigen des objectiven Rechtes ergeben, und hat sich gezeigt,

dass sich das objective Recht zu den subjectiven Rechten verhält, wie der einheitliche Gedanke zum vielheitlichen Realbestand, so tritt nunmehr noch die Aufgabe heran, den Unterschied der beiden Seiten des Rechtes, als einer objectiven und als einer subjectivierten Macht — was ihre formale Structur betrifft — ins Auge zu fassen. Besteht alles Recht wesentlich nur in Beziehungen zwischen Menschen, und wird aus diesen für die objective Seite ein bestimmter Theil gedanklich herausgehoben, so heisst es, die verschiedenartige Natur dieser beiden Gattungen von Rechtsbeziehungen anzugeben. Wenn subjectives Recht in der That Macht, und Pflicht Zwang ist, dann ist es ebenso unmöglich, die beiden Punkte der Beziehung von einander zu trennen, als einen derselben anders zu bestimmen, da eben Macht, die nicht wenigstens regelmässig zwingt, ebenso undenkbar ist, wie Zwang, der nicht von einer Macht geübt würde. Zudem kann das Recht schon deshalb von der Pflicht nicht losgerissen werden, weil, wie dargethan, jede Pflicht vom Gesetzgeber um eines Interesses willen begründet wird. Uebrigens erscheint es von vornherein ausgeschlossen, dass jemand ein Recht gegenüber einem Menschen — und andere Rechte gibt es vermöge der Relationsnatur alles Rechtes nicht — haben sollte, wenn nicht irgend Jemand verpflichtet wäre.

Für die formale Construction ist daher an dem Satze festzuhalten: Recht und Pflicht stehen begriffsnothwendig einander gegenüber. Keine Pflicht ohne Recht, kein Recht ohne Pflicht. Dass es dessenungeachtet „Rechte" gibt, denen keine Pflicht, und „Pflichten", denen kein Recht gegenübersteht, und dass trotzdem ein Widerspruch damit nicht gegeben ist, ist später darzuthun.

Aus dem ganzen Complex von Rechtsbeziehungen, den man im Auge hat, wenn man von Recht schlechthin spricht, hebt also die Trennungsmethode eine Gruppe von Beziehungen heraus, die sich dadurch characterisiert, dass sie Beziehungen zwischen einem Berechtigten und einem widerstrebenden Verpflichteten sind. Um die eigenthümliche Natur der nunmehr erübrigenden Beziehungen festzustellen, bedarf es der Erinnerung, dass das Recht als subjective Macht, d. h. als Rechtsbewusstsein, Rechtsgefühl, in der Psyche des Menschen nicht isoliert gegeben ist, sondern in innigstem Zusammenhang mit den übrigen ethischen Mächten steht. Gleichwie die Religion und die Moral, die einen bewussten menschlichen Gesetzgeber nicht kennen, unterliegt auch das Recht als subjective Macht einem ununterbrochenen Anpassungsprocess an den Menschen. Seine Normen treffen Jeden, dessen Innerlichkeit von ihnen überhaupt getroffen werden kann. Bereits im Kinde

entwickelt sich zugleich mit den übrigen ethischen Vorstellungen das Rechtsbewusstsein. Als rechtswidrig im Sinne: gegen das Rechtsbewusstsein des Handelnden verstossend, kann eine Handlung also auch dann erscheinen, wenn sie vom Gesetzgeber nicht verboten ist, weil der Handelnde vom Rechte als einer objectiven Macht noch nicht erfasst, nicht willens- und handlungsfähig im Sinne des Gesetzes ist. Der innige Zusammenhang, in dem das Rechtsbewusstsein mit den moralischen und religiösen Vorstellungen in der Psyche steht, und der hauptsächlich darin zu Tage tritt, dass der Mensch im Allgemeinen nicht überlegt; diese Handlung ist vom Rechte, jene von der Moral verboten, sondern sich nur schlechthin vorhält: Dies darf ich thun, jenes nicht, bringt es mit sich, dass die Vorstellungsweisen, die dem Gebiete der Moral und der Religion eigenthümlich sind, auf das Rechtsgebiet übertragen werden. Im Bewusstsein der Menschen ist dem Rechte die Relationsnatur fast ebensowenig zu eigen, als der Moral und der Religion. Das „rechtswidrige Handeln" erscheint weniger als ein Handeln gegen in Beziehung stehende Menschen, sondern als ein moralisch, d. h. vom Standpunkt der Innerlichkeit des Subjectes zu beurtheilendes Handeln.

Dass auch im Bereiche des Rechtes als einer subjectiven Macht — und hierher ist in gewissem Sinne auch das nur als Gewohnheit geltende, ungesatzte Recht zu zählen — der Gedanke einer subjectiven Berechtigung Einzelner und damit die Idee bestimmt abgegrenzter Rechtsbeziehungen Raum finden kann, kann nicht zweifelhaft sein. Die entschieden individualistische Färbung, die dem Begriffe des subjectiven Rechtes, des „eigenen" Rechtes, zukommt, deutet darauf hin, dass der Gedanke, „berechtigt" zu sein, schärfer ausgeprägt ist, je individualistischer die Denkart der die Gruppe bildenden Mitglieder ist. Gerade dort aber, wo der Egoismus deutlicher hervortritt, bedarf es intensiveren äusseren Rechtszwanges, also eines stärkeren Hervortretens des Rechtes als einer objectiven Macht. Und gerade vermöge ihrer altruistischen Richtung, die die Einzelnen sich dem Wohle der Anderen widmen heisst, tritt im Bereiche der Religion und der Moral die Idee einer subjectiven Berechtigung — wenn man hier so sagen darf — zurück. Jeder möge dem Anderen Gutes thun, so gebieten Moral und Religion; keiner aber hat in ihrem Sinne ein Anrecht auf Gutthaten der Mitmenschen.

Im Bereiche des Rechtes als einer subjectivierten Macht tritt sonach die Relationsnatur in zweifacher Hinsicht getrübt auf: es besteht der Hang, sich weniger zu den Mitmenschen, als zu einer Vorstellung, dem „Rechte", in Beziehung stehend zu denken; und

vermöge des ununterbrochenen Ertönens der Rechtsnormen, unbekümmert um die Beschaffenheit des Betroffenen, spinnen sich, da auch die richtunggebende Hand eines bewussten Gesetzgebers fehlt, Beziehungen nicht zu bestimmten Menschen und in bestimmten Momenten, sondern gleichsam zu Allen und immer, aber stets in verschwommener Form.

Das ununterbrochene Wirken aller ethischen Vorstellungen in der Psyche der Menschen lässt das Recht als subjective Macht als einen in den Menschen lebendigen constanten Trieb erscheinen. Im geselligen Leben findet sich jeder Einzelne in seinem Rechtsbewusstsein den Anderen vereint, und der stete Austausch der sie bewegenden Gedanken und Gefühle befestigt die Dispositionen. Jeder wirkt dermaassen auf den Anderen ein, und zwischen noch so fernstehenden Menschen herrscht ein Contagium, das sie alle miteinander in Beziehung bringt. Diese Relationen sind etwas stets Gegebenes, stets Wirkendes.

Die damit gegebene Subjectivierung der ethischen Mächte lässt den Menschen nicht mehr als Fessel fühlen, was einst als äusserer Zwang an ihn herangetreten war. Handelt er den Geboten der Moral und des Rechtes gemäss, so denkt er im allgemeinen gar nicht daran, dass er hiermit eine „Pflicht" erfüllt. Dieser stille, in der Innerlichkeit der Menschen wirkende Process, der das Walten der ethischen Mächte ausmacht, und der die Menschen, deren Psyche er durchdringt, übersehen lässt, dass die Dispositionen zum Recht- und Guthandeln den Menschen nicht originär angeboren, sondern das Resultat des Zusammenlebens, Product der Eutwicklung sind, und der die Frage nach dem Warum? und dem Wozu? in ihnen gar nicht entstehen lässt, ist in letzter Linie der Träger der Ordnung und der Gesittung. Wie aber dieser Process in den Subjecten selbst nichts ist, als das Resultat des Niederschlages der ursprünglich objectiven Mächte, der, allerdings durch verwandte Tendenzen im primitiven Menschen unterstützt, erst allmählich in dem Menschen zur Ausbildung gelangte, so vermögen sich diese Dispositionen auch heute nur zu erhalten, indem sie von der objectiven Seite her immer neue Nahrung und Förderung finden, wie selbst der grösste Strom vertrocknen müsste, wenn ihn nicht Regen und Zuflüsse immer von Neuem speisten. Die Normen, die der Gesetzgeber erlässt, sind berufen, die herrschenden Urtheile und Gefühle stets lebendig zu erhalten und zu festigen. Das Recht als objective Macht ist die Quelle, aus der die subjective Macht stets neue Nahrung schöpft, und es gibt der Rechtsnormen in den Gesetzen genug, die hauptsächlich darauf berechnet sind, das Walten der ethischen Mächte zu

fördern. Treffend sagt Lammasch, G. S., XLIV. Bd. S. 170: „Indem der Staat ein bestimmtes Verhalten unter Strafdrohung stellt, also in der solennsten Form, welche ihm zur Verfügung steht, verbietet oder gebietet, sucht er zunächst die ethischen religiösen, gesellschaftlichen und wohl auch ästhetischen Motive, welche . . . . der Neigung zur Verübung von Verbrechen entgegenwirken, zu verstärken und dadurch für eine Anzahl von Menschen die von dieser Missbilligung betroffenen Handlungen aus der Zahl jener auszuscheiden, welche für ihre Ueberlegung und Entschliessung als Mittel der Befriedigung eines empfundenen Bedürfnisses überhaupt in Betracht kommen . . . Trotz ihrer Unscheinbarkeit liegt aber doch in dieser Function der Strafdrohung das eigentliche Wesen der vielberufenen Generalpraevention" (vgl. auch Lammasch, Gefährlichkeit, 1879, S. 52).

Ergibt mithin die Betrachtung beider Seiten des Rechtes, dass die subjective Seite der Niederschlag der objectiven ist, so kann doch wieder das Recht als objective Macht sich nur insoferne durchsetzen, als es in der subjectiven Seite Unterstützung findet. Ein Recht, das nur auf mechanischem Zwang beruhte, stände, wie man mit Recht gesagt hat, „auf thönernen Füssen". Aufs neue bestätigt sich also, dass der Gesetzgeber, sofern er überhaupt Recht schafft, nicht nach Laune und Willkür herrschen kann, sondern den besten Theil der Gesetze aus dem Rechtsbewusstsein schöpft. So fliesst der Strom des Rechtes von der Gemeinschaft zum Gesetzgeber und von diesem wieder zu ihr zurück. Die objective und subjective Seite des Rechtes stehen in steter Wechselwirkung und Harmonie.

So wichtig nun auch die Erkenntnis des innigen Zusammenhanges der beiden Seiten ist, so nothwendig ist es, sie isoliert zu betrachten. Die Scheidung der immanenten und der äusseren Seite macht es allein möglich, dass sich das Recht auch Denen gegenüber als solches bewährt, die des Rechtsgefühls ermangeln, oder in denen es wenigstens im einzelnen Falle eine Wirksamkeit zu üben nicht vermag. Und sie ist geboten, weil eben alle ethische Macht ursprünglich objective Macht ist, und sie ist nothwendig, damit erkannt werde, dass es nicht brutale Gewalt, sondern „Recht" ist, wenn Gesetze ins Leben gerufen werden, die dem Rechtsbewusstsein eines Theiles der Rechtsunterworfenen widerstreiten. Ist es ja heute, vermöge der tiefen Zerklüftungen im Kreise der Rechtsgemeinschaft, kaum denkbar, dass ein Gesetz nicht wenigstens bei einem Theile der Rechtsunterworfenen Widerstand fände, nicht wenigstens von Einigen als ungerecht bezeichnet würde. Und so gewiss der Gesetzgeber mit gebundenen Händen an sein Werk

schreitet, so sicher hat er nicht die Aufgabe, lediglich die Urtheile und Wünsche zu registrieren, die sich im Kreise der Gemeinschaft vernehmen lassen; er hat vielmehr, wie v. Liszt treffend hervorhebt, die Aufgabe, die Anschauungen der Bürger auch fort- und umzubilden, und ihre wahren, nicht ihre eingebildeten Interessen zu fördern. (Lehrbuch, 9. Aufl., S. 80.)

Und sofern nun die Trennung der beiden Seiten — allerdings nur als provisorische — nöthig ist, erwächst die Aufgabe, von der objectiven Seite, die für die formale Construction allein zu veranschlagen ist, alle diejenigen Bestandtheile des Rechtes fernzuhalten, die der subjectiven Seite angehören. Die constanten Beziehungen und die freiwillige Erfüllung der Pflichten, die aus dem innerlichen Walten der ethischen Mächte allein zu erklären sind, die Vorstellung, als handle der Mensch weniger in der Richtung auf seine Mitmenschen, als gegenüber einer höheren Macht, kommen für die formale Construction nicht in Betracht. Danach erscheint also das Recht als objective Macht lediglich als ein Complex von Imperativen, die den Widerstrebendeu zu beugen bestimmt sind, und welche Beziehungen zwischen Berechtigten und widerstrebenden Verpflichteten schaffen.

Bevor nun der Begriff des subjectiven Rechtes festgestellt werden kann, müssen vorerst die Einwendungen, die man in der Literatur gegen die Imperative vorgebracht hat, berücksichtigt werden.

## § 10. Die Einwendungen gegen die Imperativentheorie.

§ 10. Die Einwendungen gegen die Imperativentheorie

Nach den bisherigen Ausführungen bedarf es wohl nicht erst der Hervorhebung, dass die Erfassung des Rechtes als eines Complexes von Imperativen keineswegs an unzulässiger Formalisierung leide, dass diese Lehre dies subjective Seite des Rechtes übersehe, und dass sie das Recht als eine allen Menschen fremde Macht erkläre, die nur mechanisch zwinge. Freilich trifft die Lehre zunächst nur für die objective Seite des Rechtes zu. Sie vermisst sich aber gar nicht, das Recht erschöpfend erklären zu wollen. Sie betrachtet es bewusst bloss von einer Seite her. Nicht wenig hat die schwankende Terminologie zur Trübung der Erkenntnis beigetragen. Gierke hat gewiss Recht, wenn er sich dagegen wendet, dass man das Recht als einen Complex von Imperativen in dem Sinne auffasst, dass als Recht jede Summe von Machtbefehlen anzusehen sei, wobei man übersieht, dass Befehlen eben nur dann der Character von rechtlichen Befehlen zukommt, wenn sie in ihrem Inhalt

die Ueberzeugung, den Willen der Gemeinschaft, zum Ausdruck bringen. Dass Gierke selbst die befehlende Natur des Rechtes nicht verkennt, ergibt die Stelle: „Objectives Recht . . . ist der Inbegriff der Rechtssätze. Rechtssätze sind aber Normen." (Privatrecht, S. 113, 117 f.)

Der Wert der Lehre, die man mit Unrecht als überflüssig bezeichnete, besteht darin, dass sie es ermöglicht, die ungeheure Fülle der Erscheinungen, die die Jurisprudenz zu betrachten hat, nach einem einheitlichen Gesichtspunkte zu ordnen. Die Normen sind, wie Zitelmann treffend hervorhebt, das Material, aus dem alle Rechtsinstitute aufzubauen sind. Die Normen allein können die Einheitlichkeit des ganzen Rechtssystems zum Bewusstsein bringen. Alle die heterogenen Bestandtheile, aus denen sich die heutigen so verwickelten Rechtsordnungen zusammensetzen, und die es unmöglich erscheinen lassen, auf inductiv-abstrahierendem Wege ein Princip zu finden, welches das allen Instituten gemeinsame Moment erkennen lässt, werden durch die Lehre auf einem neutralen Boden versammelt. Alle Differenzierungen, die die geschichtliche Entwicklung hervorgetrieben hat, werden — vorläufig — zurückgestellt, die Kluft, die das Privatrecht vom öffentlichen Rechte trennt, und die zwischen den individuellen und socialen Bestandtheilen des Rechtes gähnt, wird überbrückt. Dass die Lehre, die sonach ein unentbehrliches Instrument der Forschung ist, nicht unmittelbar das ganze Recht erschöpfend erklärt, ist doch wohl kein Beweis dafür, dass sie überflüssig ist. Die aus dem Begriffe der Norm und aus einer umfassenden, vorurtheilslos zu Werke gehenden Betrachtung des Lebens zu entwickelnden Sätze ergeben zunächst ziemlich leere, rein formelle Sätze, die die heutigen Erscheinungen des Lebens nicht unmittelbar und vollständig erfassen lassen. Die Formeln bedürfen vielmehr noch der Ausfüllung mit einem Inhalt, den nur eingehende historische Betrachtung zu liefern vermag.

Die Imperativen-Theorie ergibt sich auf deductivem Wege unmittelbar aus der erkenntniscritischen Betrachtung des Rechtes. Der Satz: Das Recht als objective Macht ist lediglich Motiv im widerstrebenden Verpflichteten, ist identisch mit dem Satze: das Recht ist ein Complex von Imperativen. Die Pflicht ist ja nichts als der Ausläufer des Imperativs in der Innerlichkeit des Menschen. Sieht man vorläufig von der subjectiven Seite des Rechtes, von dem Rechtsbewusstsein ab, so erübrigt als realer Thatbestand, der dem Rechte im objectiven Sinn zu Grunde liegt, und der allein gestattet zu sagen: „es gibt ein Recht", nichts, als ein unübersehbares Neben- und Nacheinander von Motiven in Menschen. Alle diese Motive

üben die Function, zur Verletzung fremder Interessen disponierte Menschen von der Verletzung abzuhalten. Die Thätigkeit des Rechtes als einer objectiven Macht erschöpft sich damit, dass es dem Widerstrebenden zuruft: Du sollst! Und dieses Du sollst! stellt sich im Lichte der deterministischen Lehre dar als ein: Du musst! Was ohne das Recht nicht verboten, also — von den übrigen ethischen Mächten ist vorläufig gleichfalls abzusehen — zu thun erlaubt wäre, verbietet das Recht. Ohne das Recht darf man sich interessenwidriger Handlungen enthalten; das Recht erhebt das Dürfen zum Müssen. Und hiedurch — und hiedurch ganz allein — schafft es für den geschützten Interessenträger ein Können: Es statuiert Rechte. Das subjective Recht ist, wie Bernatzik, Archiv, S. 232 treffend hervorhebt, nicht ein Dürfen, sondern es ist ein Können, und zwar ein Können, lediglich vom Standpunkt eines anderen Menschen, eben des Verpflichteten, betrachtet. Vor der Berechtigung durfte man die Interessen wahrnehmen. Aber man konnte es vielleicht nicht, da Niemand die Mitmenschen abhielt, die den Interessen zuwiderzuhandeln disponiert waren. Nunmehr aber tritt das Recht hinzu und zwingt die feindlichen Elemente nieder, das Können erzeugend.

Aus der Lehre ergibt sich unmittelbar der bereits dargelegte Satz, dass die Pflicht der Rechtsbegriff ist, von dem alle constructive Rechtswissenschaft auszugehen hat. Den Begriff des subjectiven Rechtes fixieren zu wollen, ohne hiebei vom Pflichtbegriff auszugehen, ist ein unmögliches Beginnen. Solcher Versuch hat sich denn auch, wie zu zeigen sein wird, in der Lehre von der Rechtswidrigkeit bitter gerächt.

Ausser Thon (Rechtsnorm 7), dem das grosse Verdienst gebührt, die Lehre zuerst klar ausgesprochen zu haben, bekennen sich zur Imperativen-Theorie Zitelmann, Irrtum 20, Schuppe, Subj. Recht, S. 16, Bierling, Kritik II, S. 7 ff. und 307 ff., Merkel, Elemente § 4, Brodmann, S. 16, Grueber (Birkm. E.) S. 14. Bergbohm, Jur. und Rechtsph., S. 94 meint: „Soweit Gesetzesrecht in Frage kommt, wird sich gegen die Imperative schwerlich viel einwenden lassen. Zur Feststellung der imperativischen Natur alles Rechtes jedoch dürfte noch gehören, dass diese Eigenschaft auch in dem, was gemeinhin Gewohnheitsrecht genannt wird, zur Evidenz nachgewiesen werde.“ Dies Bedenken wird wohl durch den Hinweis beseitigt, dass die Imperativen-Theorie mit der Lehre, dass das Recht als objective Macht Motiv im Verpflichteten sei, identisch ist. Ob das geltende, wirkende Recht seinen Ursprung

im Gesetze oder in der Gewohnheit hat, ist ja für seine psychologische Structur gleichgiltig.

Die Einwendungen, die man ausser den bereits behandelten gegen die Lehre erhoben hat, lassen sich auf acht Gesichtspunkte zurückführen.

1. Lediglich auf einem Missverständnis beruht, dass manche Schriftsteller, wie z. B. Pernice (Grünhut, VII. Bd., S. 175) und Binding (K. V. S., XXI. Bd., S. 554), die Theorie für eine politische Maxime halten und vermeinen, dass sie das „Gespenst der Staatsallmacht" beschwöre und den Staat als eine „Zwangsanstalt" ansehe, deren „jedes neue Gesetz neue Pflichten bringt". Wer feststellt, dass das Recht, logisch betrachtet, in Normen bestehe, hat damit weder verlangt, dass die Normen vermehrt, noch auch, dass sie vermindert werden. Auch über den Inhalt der Normen sagt die rein formale Constatierung nicht das Geringste aus. Sie gibt bloss ein methodologisch nothwendiges Princip, das ausschliesslich dem Erkennen des Seins dient. Ein Soll bringt sie durchaus nicht zum Ausdruck.

2. Ebensowenig behauptet die Theorie — wie Hölder, Obj. und subj. R., S. 10 und Gierke, Privatrecht I, S. 117 annehmen, — dass das Recht einen allen Menschen fremden Willen verkörpere, der die Mitglieder der Rechtsgemeinschaft von aussen her vergewaltige. Hölder und Gierke haben insoferne ganz Recht, als sie sich gegen die Auffassung wenden, dass die Imperativen-Theorie allein das Recht zu erklären vermöge, wonach allerdings die subjective Seite des Rechtes nicht in Anschlag gebracht würde. Da sich die Lehre aber richtigerweise eine derartige Fähigkeit nicht zuerkennt, und da sie sich gar nicht darüber äussert, welchen Willen die Imperative verkörpern — in der That enthalten sie ja den allgemeinen Willen, die allgemeine Ueberzeugung — kann der Vorwurf, dass die Lehre Recht und Gewalt identificiere, nicht platzgreifen.

3. Gleich Pernice gibt auch Frank (Z. XX. Bd., S. 365) zu, „dass man die einzelnen Rechtssätze logisch sämmtlich als Befehle auffassen kann", er bezweifelt nur, „dass man sie so auffassen muss." Gleich hier sei ein Missverständniss abgewehrt, dem auch Thon selbst nicht fern zu stehen scheint. Es ist wesentlich zwischen „Rechtssätzen" im Sinne von: in den Gesetzen niedergelegten Sätzen, und „Rechtssätzen" im Sinne von Normen, Imperativen zu unterscheiden. Die Imperativen-Theorie besagt, genau genommen, nicht, dass jeder einzelne in den Gesetzen enthaltene Satz ein Befehl ist. Solche Auffassung wäre zweifellos gezwungen und, wie Frank und Loening (Comm. § 110, bezw. Handw. der Staatswiss. s. v. Arbeitsvertragsbuch) zutreffend hervorheben:

„unhistorisch". Sie besagt vielmehr, dass alles geltende, wirkende Recht auf Imperative zurückzuführen ist. Die Gesetzessätze sind nicht Imperative, aber sie münden, wenn sie Geltung erlangen, in Imperative aus, da sie — objectiv formal betrachtet — lediglich Pflichten begründen. Es wäre daher auch ein völlig müssiges Beginnen, sämmtliche Sätze, die in einem Gesetze stehen, gewaltsam in Imperative zu verdrehen.

Es scheint zunächst sehr bestechend, wenn Binding (Kr. V. S. XXI. Bd., S. 547, Note) gegen Thon polemisiert: „die Bedingung des Imperativs und ihre Regulierung ist doch wohl auch Sache und Inhalt des Rechtes" und S. 560, Note: „Beiläufig: die Zurücknahme einer Norm ist nach Thon Rechtssatz, ist selbst keine Norm, wir haben also wieder eine ganze grosse Gruppe von Rechtssätzen, die nicht Normen sind" (auch Normen I, S. 103). Binding hat hier eben die „Rechtssätze" als Bestandtheile des geschriebenen Gesetzes im Auge, nicht die „Imperative" als reale Macht, die durch Begründung von Pflichten in den empirischen Verlauf der Ereignisse eingreifen. „Zurücknahme einer Norm" kann richtigerweise nur Aufhebung eines Gesetzes sein; tritt das Gesetz in Wirksamkeit — und nur dann ist es Recht — so treten eben von jetzt an gewisse Motive nicht mehr ein. Das Recht besteht dann eben nur aus weniger Imperativen als früher; davon, dass nun etwas zu den Imperativen hinzuträte, was selbst nicht Imperativ ist, kann nicht die Rede sein. Irrigerweise spricht man von Zurücknahme eines Verbotes in manchen Fällen, in denen ein Verbot nie ergangen ist, z. B. bei Nothwehr, Nothstand (vergl. hierüber unten § 22). Dass auch in diesem Falle zu den Imperativen des Rechtes nicht irgend ein fremdes Etwas hinzutritt, ist klar. Es entsteht einfach eine Pflicht nicht, und zwar ebensowenig, als wenn das Gesetz, statt den Thatbestand vorerst zu weit zu ziehen und dann das Verbot „zurückzunehmen", das Verbot ab initio in der gehörigen Begrenzung ausgesprochen hätte. Dass Binding unter „Rechtssätzen" die in den Gesetzen niedergelegten Sätze versteht, ergibt sich klar aus der Stelle Kr. V. S. XXI. Bd., S. 552, wo es heisst, ein Rechtssatz müsse nicht Befehl sein, denn: „wie würde sich erklären, dass der Rechtssatz entstehen kann, bevor er in Kraft tritt, dass es Gesetze gegeben hat, die nie practisch gegolten haben?" Gesetze, die nie practisch gegolten haben, sind eben nicht „Recht" geworden; der Hinweis auf sie kann sonach eine Bestimmung, die lediglich das geltende wirkende Recht im Auge hat, nicht entkräften. Und da nun eben Gesetz und Recht nicht identische Begriffe sind, mag man immerhin die „Rechts-

sätze" in die verschiedensten Eintheilungsschemen bringen. Die imperativische Natur des Rechtes kann hiedurch nicht in Abrede gestellt werden. Ob es zweckmässig ist, etwa mit Thöl, Einleitung S. 97 zu sagen: „Die Rechtssätze sind entweder verneinende, oder begriffsentwickelnde, oder berechtigende, und die letzteren wieder entweder erlaubende, oder gebietende, oder verbietende", möge dahin gestellt bleiben. Thöl gibt selbst zu, dass diese Eintheilung nicht „eine Eintheilung sämmtlicher Rechtssätze" ist. Solange aber ein durchschlagender Gesichtspunkt, der eine erschöpfende Eintheilung, ermöglicht, nicht gefunden ist, können die „erklärenden, gewährenden, berechtigenden, declaratorischen Rechtssätze" und wie sie alle heissen mögen, nicht Anspruch darauf erheben, Prämissen für wissenschaftliche Feststellungen abzugeben. Vollends kann ein Hinweis auf sie niemals die Lehre entkräften, dass das Recht Motiv nur im Verpflichteten ist.

4. Wichtiger erscheint ein von Binding (Normen I) und A. Merkel (Elemente) beigebrachter Einwand. Binding meint S. 104, man dürfe die Rechtssätze nicht nur als pflichtenbegründende Sätze ansehen und „für die eine Hälfte der Erscheinung — das Recht — farbenblind" sein. Und nach Merkel ist zwar „dem Recht ein imperatives Element wesentlich": „streichen wir diese Imperative, so streichen wir den Rechtssatz" (S. 8); aber in den Imperativen erschöpfe sich die Form des Rechtes nicht, weil „sie der Zweiseitigkeit des Rechtes . . . nicht gerecht wird" (S. 9) — eine Ansicht, der auch Kohlrausch, Irrtum S. 57, „eine gewisse Berechtigung" zuerkennt. Die Auffassung besagt also: Jeder Rechtssatz ist Imperativ gegenüber dem Verpflichteten, „berechtigender Rechtsatz" gegenüber dem Berechtigten.

Die Auffassung scheint zunächst sehr wohl plausibel. Doch gibt eine Erscheinung zu denken. Wäre jeder Rechtssatz begriffsnothwendig nicht nur Imperativ, sondern auch berechtigender Rechtssatz, begründete also jede Norm neben der Pflicht auch ein Recht: wie wäre es denkbar, dass es Pflichten gibt, denen ein subjectives Recht nicht gegenübersteht, wie etwa die Pflicht, eine Gotteslästerung, eine unzüchtige Aeusserung zu unterlassen? Für Binding allerdings haben diese Fälle keine Schwierigkeit, da er der Pflicht ein subjectives Recht des Staates gegenüberstellt. Merkel dagegen nimmt, wenn er auch ein solches Recht des Staates — allerdings nicht als „Gehorsamsrecht" (Lehrbuch, S. 171 f.) — behauptet, doch an, dass es Verbrechen gibt, die subjectiven Rechten nicht zuwiderlaufen. Merkel geräth also in eine bedenkliche Schwierigkeit. In Wahrheit nun ist es überflüssig, die Norm in einen verpflichtenden

und einen berechtigenden Rechtssatz zu zerlegen. Denn das Recht besteht ja nicht neben der Pflicht, sondern einzig und allein in der Pflicht. Denn es ist Function lediglich im Verpflichteten.

Binding übersieht eben stets, dass die Pflicht der Mittelbegriff des Rechtes ist, von dem immer auszugeben ist. Ja er sagt geradezu: „Das Recht ist begrifflich das frühere, die Pflicht die spätere". (Normen I, 96.)

Das Recht besteht aus Normen. Die Normen erzeugen die Pflichten. Mit den Pflichten entstehen für diejenigen einheitlichen Interessenträger, zu deren Gunsten die Normen ergehen, zugleich, uno actu, die Rechte. Ja die Rechte sind nichts als der Reflex der Pflichten. Durch Begründung von Pflichten schützt das Recht Interessen und erzeugt insoferne subjective Rechte. Nicht Rechte werden geschützt, wie Binding meint; sondern Rechte entstehen durch den Schutz von Interessen. Und nicht das subjective Recht schafft die Pflicht, und nicht neben das Recht tritt die Pflicht, sondern durch Auferlegung der Pflicht entstehen Rechte. Bevor eine pflichtenbegründende Norm ergeht, bevor eine Pflicht besteht, gibt es keinerlei subjectives Recht.

Binding setzt leider nicht auseinander, was er unter einem subjectiven Recht versteht, so dass die Polemik sehr schwierig ist. Er leugnet nur ausdrücklich (Normen I, S. 363), dass das Recht die Interessen schütze. Würde aber nicht bereits aus den Normen (I. Bd., 358) klar hervorgehen, dass Binding die Relationsnatur alles Rechtes verkennt, indem er das Rechtsgut als „Qualität" bezeichnet, während es doch höchstens eine Relation sein könnte, so könnte man dies schon daraus entnehmen, dass er die Pflichten erst nachträglich von aussen zu dem correspondierenden Rechte hinzutreten lässt: „Das Recht ist begrifflich das frühere." Nur so ist es zu erklären, dass Binding als ein „Recht" ansieht, was bloss erlaubt ist. Denn nur so imputiert man ihm keinen Widerspruch, wenn er folgendermassen argumentiert (Normen I, 104): Fasst man die Normen lediglich als pflichtenbegründende Sätze auf, „dann gibt es weder ein subjectives Recht noch subjective Rechte", ein Satz, der völlig zutrifft, wenn man Recht mit Erlaubnis identificiert. Denn es ist klar, dass einem Menschen dadurch nicht etwas erlaubt wird, dass man an Andere Verbote richtet. Soll also ein subjectives Recht entstehen, so muss nach Binding neben dem Imperativ — ja eigentlich bedarf es dessen zur Entstehung nicht — ein „berechtigender" oder, was für Binding identisch ist, ein „erlaubender Rechtssatz" einhergehen. Würde man diesen Rechtssatz streichen, dann wäre die Handlung nicht eine solche, auf die man ein Recht

hat, nicht eine erlaubte Handlung, sondern lediglich eine unverbotene Handlung. Wer also — argumentiert Binding von seinem Standpunkt aus zutreffend — behauptet, dass ein Recht ohne erlaubenden Rechtssatz entstehe, der verwechselt „erlaubt" und „unverboten", eine Identificierung, von der Binding sagt: „die unschöne Verwechslung von »rechtlich erlaubt« und »unverboten«" (Normen I, S. 205). Inwieweit eine Bethätigung unverboten sein kann, ohne dass sie erlaubt ist, wird § 22 untersucht werden. Hier sei lediglich festgestellt, dass der Vorwurf solcher Verwechslung natürlich all den Schriftstellern gegenüber nicht Raum finden kann, die, von Binding's Ansicht abweichend, Recht mit Erlaubnis nicht identificieren. Wer, wie hier geschieht, das subjective Recht als Können, nicht als Dürfen characterisiert, bedarf natürlich eines erlaubenden Rechtssatzes neben der pflichtenbegründenden Norm nicht.

Trifft mithin der Vorwurf der unschönen Verwechslung, den Binding erhebt, hier nicht zu, so ist umgekehrt die Verwechslung von Recht und Erlaubnis, die Binding begeht, sehr verhängnisvoll. Denn sie verleitet ihn, gleich Hölder (obj. und subj. R., S. 10), der Imperativentheorie die absurde Consequenz zu imputieren, dass sie die subjectiven Rechte negiere. Er meint, dass „der Begriff des subjectiven Rechts, insbesondere des Privatrechtes in der Hand zerbricht", wenn man es „mit den Normen ernst nimmt" (Kr. V. S. XXI. Bd., S. 557). Binding vergisst eben hinzuzusetzen: „Vorausgesetzt, dass man Recht und Erlaubnis identificiert." Freilich ist zuzugestehen, dass sich Binding mit Recht gegen die Construction des subjectiven Rechtes wendet, die Thon gibt. In der That gelangt Thon zu der bedenklichen Lehre, dass ein Recht erst entsteht, wenn es verletzt ist (Rechtsnorm 156). Es wird sich jedoch herausstellen, dass sich diese Lehre nicht als nothwendige Consequenz aus den Imperativen ergibt. Insbesondere sei hervorgehoben, dass gerade derjenige Schriftsteller, der den Satz aufstellt: „Es gibt nur Pflichten und keine Rechte" (Duncker, die Besitzklage, S. 260 ff.) nicht von den Imperativen ausgeht. Duncker argumentiert vielmehr folgendermassen: Der Besitz ist eine Thatsache, und, wie die herrschende Meinung annimmt, kein Recht. Das Eigenthumsrecht ist gleichfalls eine Thatsache, die des Habens und Geschütztseins. Folglich (!) ist auch das Eigenthum, das ja dem Besitz insoferne aufs Haar gleicht, kein Recht, also (!) gibt es überhaupt keine Rechte. Duncker übersieht hierbei, dass natürlich jedem Rechte ein realer Thatbestand entsprechen muss, und dass eben Thatsache und Recht nicht Gegensätze sind; dass er vielmehr aus seinen Prämissen die Consequenz ziehen müsste, dass der Besitz gleich dem

Eigenthum ein rechtlich geschütztes Interesse ist — eine Folgerung, die bekanntlich Jhering gezogen hat.

Bindings Einwendungen können sonach ebensowenig, wie diejenigen Merkels, die Imperativentheorie erschüttern.

5. Man könnte jedoch einwenden, dass ein jeder Imperativ gerade insoferne, als er ein Können erzeugt — nämlich ein Können des Interessenträgers, dem er zugedacht ist —, die Machtsphäre dieser Person, der ja ohne den Imperativ das Können nicht zustände, erweitere, mithin einen „gewährenden, machtverleihenden Rechtssatz" in sich enthalte. Dass das Recht solche Function übt, gesteht bereits zu, wer es als „reale Macht" bezeichnet. Diese Function übt das Recht aber gerade durch die Imperative. Es bedarf nicht noch einer zu dem imperare hinzutretenden Function; denn das imperare hat nicht, wie Binding annimmt, den Zweck, die Menschen zum Gehorsam zu dressieren; es übt vielmehr die zu billigende und segensreiche Function, die Interessen zu schützen (siehe hierüber unten § 11).

6. Man bekämpft die Imperative auch mit einem Hinweis auf die „praktische Bedeutung" des subjectiven Rechtes. „Wenn z. B. der Erbe einer Krone die Herrschaft über einen Staat antritt, so geschieht dies gewiss nicht lediglich mit Rücksicht auf die Art, wie das Recht sich befehlend und beschränkend den anderen zuwendet, sondern unmittelbar unter dem Einfluss der Aufforderung zu jenem Schritt, welchen der Rechtswille an ihn selber richtet" (Merkel, Elemente, S. 9). Spricht gegen dieses Beispiel schon von vornherein, dass es, wenn ein allgemeines Princip discutiert wird, nicht thunlich ist, gerade von den compliciertesten Rechtsverhältnissen auszugehen und Behauptungen aufzustellen, die eben erst durch die Discussion erwiesen werden könnten, so erhebt sich überdies der Einwand, dass das Recht an den Thronerben keinerlei Aufforderung richtet, dass es durchaus nicht „will", dass gerade diese oder jene Person den Thron besteige. Ein Wollen des Rechtes — und das übersieht Merkel — kann nur da behauptet werden, wo eine Pflicht vorliegt. Das Recht „will" nie anders, als mittelst Normen. „Wollte" das Recht thatsächlich, dass gerade der nach dem Hausgesetze „Berufene" den Thron besteigt, so wäre sein Verzicht rechtswidrig. Der durch die Verbote ermöglichte Act mag für den Handelnden die grösste practische Bedeutung haben; das Recht normiert auch gewiss — von singulären Fällen abgesehen — nicht lediglich um der Verpflichteten willen, sondern gerade zu dem Zweck, dass der Berechtigte sein Interesse wahrnehmen kann: Der Genuss des Rechtes selbst aber liegt ausser dem Bereiche des Rechtes. Treffend

sagt Jellinek, System S. 52: „Rechtsgenuss, sofern er keine Beziehungen zu anderen hat, ist rechtlich irrelevante Handlung. Die Rechtsordnung erlaubt mir, mein Pferd zu verkaufen, zu verleihen, zu vermieten. Allein ob ich es reite oder zum Ziehen verwende, ist ihr ganz gleichgiltig. Genussmöglichkeit ist einer der grossen Zwecke, welche die Rechtsordnung für das Individuum verfolgt. Allein dieser Zweck ist ökonomischer und ethischer, nicht mehr juristischer Natur, er liegt ausserhalb der Rechtsordnung, wie der letzte Zweck menschlicher Dinge notwendig ausser ihnen selbst liegt".

Was Merkel hier vorbringt, ist nichts, als der so oft gehörte Einwand, das Eigenthumsrecht könne nicht aus Verboten allein bestehen, es müsse auch ein positives Moment enthalten, denn (!) für den Eigenthümer sei der Sachgenuss gerade das Wesentliche. Auch Binding rügt, dass vom Standpunkt der Imperative besehen das Eigenthumsrecht „ein Loch im Centrum des Normenkreises" sei. (K. V. S., 21. Bd., S. 563).

Gewiss wird das Eigenthumsrecht in seiner specifischen privatrechtlichen Gestalt durch die Imperative nicht vollständig erklärt. Eine derartige Competenz kann sich die Lehre nicht anmassen. Daraus kann man ihr jedoch einen Vorwurf gewiss nicht machen. Verfehlt aber ist allerdings, wenn man die Relationsnatur des Rechtes übersieht, indem man ausseracht lässt, dass das Recht ausschliesslich in Beziehungen zwischen Menschen besteht, und die Beziehungen der Person zur Sache ein Rechtsverhältnis nennt. Neuerdings hat Stammler (Wirtschaft S. 203) die formale Natur des Rechtes ins hellste Licht gestellt, und es ist erstaunlich, dass man juristische Lehren immer wieder mit Hinweisen auf das „practisch Bedeutsame" bekämpft; (so neuestens Löffler, Z. XXI, S. 546, der sich auf die „einfache und natürliche Anschauungsweise" beruft). Merkel erkennt zwar sehr richtig die Relationsnatur des Rechtes: „Das subjective Recht ist Macht eines Subjects einem andern gegenüber. Das objective Recht kümmert sich um unsere Interessen überall nur insoweit, als deren Befriedigung von dem Verhalten anderer abhängig erscheint; die diesen Interessen verliehene Macht hat daher eine ausschliessliche Beziehung auf Dritte" (Elemente, S. 38 f.). Merkel vermengt aber an anderer Stelle doch wieder wirtschaftliche Gesichtspunkte mit der rechtlichen Betrachtung. Es ist nicht ganz correct zu sagen: „So ist beim dinglichen Rechte ein gewisser Sachgenuss als ein Dritten gegenüber gewährleisteter Inhalt des Rechtes" (Ges. Abh. I, S. 391). Eine Rechtsbeziehung liegt strenge genommen nur insoweit vor, als das Object des Rechtes und der correspondierenden Pflicht ein und das-

selbe ist. Der Berechtigte etwa hat ein Recht darauf, dass ihm der Verpflichtete einen Gegenstand gebe, der Verpflichtete hat die Pflicht, dem Berechtigten den Gegenstand zn geben. Merkel construiert die Relation: der Verpflichtete hat die Pflicht, nicht zu stören, der Berechtigte hat dem Verpflichteten gegenüber das Recht, zu geniessen. Richtigerweise könnte der Berechtigte in diesem Falle nur das Recht haben, vom Verpflichteten nicht gestört zu werden. Er hat das Recht auch dann, wenn er nicht geniessen will und nicht geniessen kann. Folglich ist nicht der Genuss gewährleistet, sondern das Nichtgestörtwerden. Bereits hier zeigt sich, wie verwirrend die incorrecte Ausdrucksweise ist: ich habe ein Recht zu handeln, anstatt dass man sagt: ich habe ein Recht darauf, dass ein Anderer handelt oder unterlässt.

Bindings Einwand, nach der Imperativentheorie sei das Eigenthumsrecht nur ein „Loch im Centrum des Normenkreises" erledigt sich dadurch, dass er das Recht eben als Erlaubnis fasst. Wer dagegen anerkennt, dass die Normen für den geschützten Interessenträger ein Können, also eine sehr reale Macht schaffen, kann von einem „Loch im Centrum" mit Fug nicht sprechen. Wie schädlich die Hervorhebung der „practischen Seite" gerade bei Binding und Löffler auf die Lehre dieser Schriftsteller von der Rechtswidrigkeit gewirkt hat, wird sich unten § 33 erweisen.

7. Wurde bereits darauf verwiesen, dass die Imperativentheorie nicht mittelst eines Hinweises auf den Gesetzestext bekämpft werden könne, da ja die Gesetze mit dem Rechte nicht identisch sind, so ist der Deutlichkeit halber noch insbesondere daran zu erinnern, dass man in der Theorie nicht deshalb von Rechten und im Zusammenhang damit von gewährenden, anerkennenden u. dgl. Rechtssätzen sprechen darf, weil sich der Gesetzgeber manchmal des Wortes Recht im untechnischen Sinne bedient oder einen Satz, den er auch als Imperativ aussprechen könnte, in Form einer Erlaubnis oder einer Gewährung aufstellt. Die Sprache, deren sich der Legislator bedient, lehn ich — mit Recht — an die gewöhnliche Ausdrucksweise an; gerade der vulgäre Sprachgebrauch operiert, wie allgemein bekannt, mit dem Worte Recht in der freigebigsten Weise. So oft Jemandem eine Handlung „erlaubt" ist, die allen oder den meisten anderen Menschen vorzunehmen untersagt ist, spricht man von einem „Recht". Nur der Kaiser — pflegt man zu sagen — hat das „Recht", Titel zu verleihen, die Beschlüsse der verfassungsmässigen Körperschaften zu sanctionieren, nur der Richter hat das „Recht", zu verhaften. Ob diesen „Rechten" auch stets eine Pflicht correspondiert, ob sie nicht vielleicht lediglich ein Dürfen, ja vielleicht gar Pflichten, etwa Pflichten von

Organen des Staates sind, darum kümmert sich weder der Legislator, noch der Volksmund. Umsomehr aber muss man sich davor hüten, die vulgäre Sprechweise zum Ausgangspunkte theoretischer Reflexionen zu nehmen. Es hat sich stets als verhängnisvoll erwiesen, wenn man das Dürfen mit dem Rechte verwechselte. „In Wahrheit liegt in der Erlaubnis zu einer bestimmten Handlung an und für sich niemals ein Verbot für Andere" (Bierling, Kritik II 73 und Jur. Pr. I 93) und niemals die Statuierung eines Rechtes. Erzeugt ja doch erst die Auferlegung der Pflicht das Können, und nur sie allein.

8. Die von Hertz Unrecht S. 9 vorgebrachte Einwendung, dass das Recht „kein blosser Complex von Normen" sei, „sondern zugleich auch die Macht, welche das Gebiet abgrenzt, innerhalb dessen wir uns unter seinem Schutze unseren individuellen Zwecken gemäss entwickeln dürfen", eine Einwendnng, die Merkel's Bedenken nahekommt, erledigt sich durch den Hinweis, dass durchaus nicht bestritten wird, dass durch die Normen der Berechtigte geschützt wird. Im Gegentheil: gerade durch die Normen entstehen ja dem Interessenten erst die subjectiven Rechte, deren Existenz eben durch die „vertretene Richtung" nicht „ausgeschlossen" wird (Hölder, obj. und subj. Recht, S. 10), sondern umgekehrt erst in ihr ihre Erklärung findet.

Soferne Hölder und Hertz in ihren Ausführungen die Ansicht bekämpfen, dass die Imperative die Rechtsunterworfenen lediglich in ein Verhältnis zum objectiven Rechte bringen — wobei die Stellung zu den Destinatären des Interessenschutzes unberücksichtigt bleibt —, ist ihnen rückhaltslos beizustimmen. Binding's Einwendung, dass die Imperativentheorie das Privatrecht negiere, da sie nur zur Existenz eines öffentlichen Rechtes führe, spricht, soweit sie richtig ist, nicht gegen, sondern für die Imperative. Denn freilich dürfen Privatrecht und öffentliches Recht nicht durch eine unüberbrückbare Kluft geschieden sein, wenn es wirklich einen Begriff des subjectiven Rechtes geben soll, der gestattet, sowohl das subjective Privatrecht, als das subjective öffentliche Recht darunter zu subsumieren. Zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht besteht nicht nur ein wesentlicher Unterschied, sondern auch eine innere Connexität. Ohne sie wäre es falsch, beide Gebiete als „Recht" zu bezeichnen. Doppelt bedenklich erscheint es, dass gerade Binding diesen Einwand erhebt, der erklärt, dass alle Normen dem öffentlichen Rechte angehören. Oder sollte das Privatrecht keine Normen kennen?

Mit Recht bekämpft auch Kessler (G. S. 39, Bd. S. 94 ff) die Auffassung, als correspondierten den durch die Normen auf-

erlegten Pflichten wesentlich immer nur subjective Rechte des Staates, und es ist Merkel, der sich (Lehrbuch, S. 18) gegen Kessler wendet, zwar zuzugeben, dass der Staat, gleich einer „Festung, zugleich mit Land und Leuten, sich selbst schützt"; gleichwie aber die Festung nicht um ihrer selbst willen gebaut wird, und der Schutz, den sie geniesst, nicht Selbstzweck ist, übt auch das Recht nur insoweit eine vernünftige Function, als es nicht lediglich sich selbst dienstbar ist, sondern den Menschen zugutekommt. Dass Bindings Zugeständnis, dass „der Gehorsam das Mittel zur Erhaltung der Rechtsgüter" sei, in der Form, wie es abgegeben wurde, nicht genügt, hat Liepmann (Einleitung 12) treffend dargethan.

Hiermit sind die Einwendungen gegen die Imperativentheorie erschöpft. Die „erlaubenden Rechtssätze" werden, weil sie in der Lehre von der Rechtswidrigkeit eine grosse Rolle spielen, in ihrem sachlichen Zusammenhang behandelt werden (vgl. unten § 22).

## § 11. Das subjective Recht.

§ 11. Das subjective Recht

Als objective Macht ist das Recht, wie festgestellt, Motiv im Verpflichteten. Das subjective Recht — im weitesten Sinne — erhält der Einzelne dadurch und ausschliesslich dadurch, dass der Gesetzgeber den Träger eines Interesses schützt, indem er an Denjenigen, der dem Interesse zuwiderzuhandeln disponiert ist, ein Gebot oder Verbot richtet, das mit einer Sanction versehen ist. Die Begründung der Pflicht schafft für den Destinatär unmittelbar das Recht. Nicht Jeder aber, dem die Erlassung des Imperativs einen Vortheil bringt, wird subjectiv Berechtigter, sondern nur der, dem der Schutz vom Gesetzgeber zugedacht ist, dessen Interesse der Legislator schützen wollte. Denn das Recht ist für die formale Construction wesentlich nur unter dem Gesichtspunkt des Zweckes zu erfassen. Die Macht des Berechtigten besteht darin, dass die Verletzung seines Interesses durch eine pflichtwidrige Bethätigung unterbleibt. Und nur dann kann das Recht überhaupt als geltendes, als eine Macht, d. h. eben als Recht im eigentlichen Sinne des Wortes angesehen werden, wenn in der überwiegenden Zahl der Fälle der Verpflichtete das pflichtwidrige Thun unterlässt, also wenn die Motive eine wenigstens regelmässige Wirksamkeit entfalten. Und insoferne die pflichtwidrige Handlung unterbleibt, realisiert sich der Schutz des Interesses. Der Schutz des Interesses liegt in der praevenierenden Macht des Rechtes.

Mittelbar ruht das ganze Recht, auch das Rechtsbewusstsein, und ruhen auch die übrigen ethischen Mächte auf dem mechanischen Zwangsapparat; unmittelbar basiert auf ihm das Recht als objective Macht. In beiden Beziehungen ist Generalprävention gegeben. Das Recht verhindert, als subjective Macht, ein Widerstreben des Verpflichteten; als objective Macht ist es berufen, im Falle, dass ein Widerstreben dennoch aufkommt, durch Erregung der Vorstellung eines Uebels vom pflichtwidrigen Thun abzuhalten. Wenn trotzdem die pflichtwidrige Bethätigung erfolgt, tritt die Sanction in Erscheinung. Die „Unrechtsfolge" als solche ist wesentlich nur Vollzug der Drohung, sei sie civil- oder strafrechtliche Unrechtsfolge.

Subjectiv berechtigt sein heisst sonach, dadurch eine Macht über einen Menschen üben, dass dieser durch ein Motiv von einem Thun abgehalten wird, das einem Interesse zuwiderläuft, welches der Gesetzgeber zu schützen strebt, und zwar durch ein Motiv, das, wenn man alle Fälle überblickt, die pflichtwidrige Bethätigung wenigstens regelmässig hintanhält.

Nur als praevenierender Macht kann dem Rechte die Function zuerkannt werden, die Interessen zu schützen. Die Generalprävention ist auf allen Gebieten des Rechtes, in seinem ganzen Bereiche, seine einzige wesentliche Function. Mit den Worten: Verhinderung pflichtwidriger Bethätigung, ist die Wirksamkeit des Rechtes formell erschöpfend characterisiert. Die Specialprävention steht dagegen völlig im Hintergrunde. Dass etwa der Strafvollzug den Verbrecher selbst von weiteren Verbrechen zurückhält, ist gewiss wichtig, durchaus aber nicht wesentlich. Wäre diese Art des „psychologischen Zwanges" wesentlich, so könnte von Strafe nicht die Rede sein, wenn der Thäter gemäss den Erfahrungen, die er im Zuchthaus gemacht hat, ein Verbrechen begeht, um über den Winter verpflegt zu werden. Man berufe sich nicht darauf, dass wie die generelle, so auch die specielle Prävention in der That nur regelmässig, nicht ausnahmslos gegeben sein müsse. Dass eine specielle Prävention in der überwiegenden Zahl der Fälle vorliegt, kann nicht mit derselben wissenschaftlichen Evidenz behauptet werden, wie dies hinsichtlich der Generalprävention der Fall ist, und zwar umsoweniger, als die Zahl der Rückfälligen bekanntlich eine sehr grosse ist.

Völlig verkehrt ist es, die Specialprävention für die einzige Function der Strafe zu halten, und überhaupt nur die Verhängung der Strafe, nicht auch die Drohung zu berücksichtigen. Wenn

der Schutz des Interesses am Leben ausschliesslich darin bestehen soll, dass der Mörder nach dem Tode des Gemordeten geköpft, verwahrt, erzogen oder geheilt wird, oder dass die „rechtsfeindlichen Wirkungen" des Verbrechens bekämpft werden, dann bleibt nichts übrig, als aus dem Rechtsstaat auszuwandern, wenn man seines Lebens sicher sein will.

Ist die Strafe wesentlich nichts, als Vollzug der Drohung, so kann die Verhängung der Strafe principiell nie ein „Schlag ins Wasser" sein, selbst dann nicht, wenn der Vollzug so schlecht eingerichtet wäre, dass die meisten Bestraften hiedurch in ihren verbrecherischen Dispositionen gestärkt würden. Nicht weil der Strafe die Specialprävention wesentlich ist, sondern nur deshalb, weil der Vollzug nicht Folgen herbeiführen soll, die die Drohung hintanhalten will, ist es practisch wichtig, dass mit dem Strafvollzuge noch weitere Zwecke verbunden werden. Diese weiteren Zwecke müssen begriffsnothwendig in gewissen Grenzen gehalten werden. Niemals dürfen sie der Strafe den Character eines Uebels nehmen; denn nur als Uebel ist sie Vollzug der Drohung. Wird die Specialprävention nur in solchem Umfang angestrebt, dann kann von einem Gegensatz von General- und Specialprävention, von einem Streit um ausschliessliche Geltung des einen der beiden Principien keine Rede sein, wie v. Liszt, Lehrbuch S. 85 treffend hervorhebt. Die beiden Principien haben einander nicht auszuschliessen, sondern nebeneinander zu bestehen. Vom formalen Standpunkt, für das Recht in abstracto, ist die Generalprävention der einzige Strafzweck — oder besser: Zweck des Strafgesetzes —, der Vollzug der Drohung das einzige Begriffsmerkmal der Strafe. Neben dieses constante Merkmal treten im Bereiche der einzelnen Rechtsordnungen die verschiedenen Functionen des Strafvollzuges — „Adaption", „Arbeitszucht", „Verwahrung" u. dergl. — als variable Begriffsmerkmale der Strafe in ihrer einzelnen, positivrechtlichen Verkörperung.

Jedermann gibt zu, dass es ein handgreiflicher Widerspruch wäre, den Strafvollzug so zu gestalten, dass er im Bestraften den Hang zum Verbrechen stärkt. Deshalb ist es von grosser Wichtigkeit, der Specialprävention ein besonderes Augenmerk zuzuwenden. Nur darf man sich hierbei nicht verleiten lassen, den Vollzug der Strafe auf Kosten der Drohung in den Vordergrund zu stellen. Solche Annahme liegt allerdings nahe, weil die Zwecke, die mit dem Vollzug verbunden werden, stets bewusste Zwecke sind, während die Drohung generalprävenierend wirkt, ohne dass diese Function ins Bewusstsein zu treten braucht, und wie immer auch der Vollzug gestaltet ist, wenn er nur die Qualität der Strafe als eines Uebels

nicht aufhebt. Sofern sich die Vorschläge der modernen Criminalpolitiker von radicalen Tendenzen freihalten, sind sie practisch höchst bedeutsam, wichtiger vielleicht, als die zutreffendsten theoretischen Erörterungen. Denn der Strafe den Character eines Uebels zu nehmen, daran denkt ein besonnener Gesetzgeber überhaupt nicht.

Der aufgestellten Bestimmung des Begriffes: subjectives Recht könnte man mit Recht den Vorwurf machen, dass sie auf einer petitio principii beruhe. Denn indem das subjective Recht aus dem objectiven entwickelt wurde, und das objective Recht als eine synthetische Zusammenfassung derjenigen Machtverhältnisse dargestellt wurde, die als subjective Rechte bezeichnet werden, wurde in den a priori aufgestellten Begriff all das hineingelegt, was nachher aus ihm deduciert wurde. Allerdings wurden die Bestimmungen des objectiven Rechtes nicht aus der Luft gegriffen. Der Begriff des Rechtes als einer realen Macht und sein wesentlicher Inhalt als Schutz der Interessen ergab sich aus empirischer, bezw. erkenntniscritischer Betrachtung. Immerhin aber wurde bei der Entwicklung ausserachtgelassen, dass sich die Betrachtung zuvörderst auf den Standpunkt des Gesetzgebers zu stellen habe. Ist das Recht wesentlich Function, und geht diese Function von einem bewussten Willen aus, so ist allemal der Ausgangspunkt ins Auge zu fassen. Die Begriffe, mit denen die Jurisprudenz operiert, können nicht daraus gewonnen werden, dass man betrachtet, was in den einzelnen Fällen, die das Recht regeln will, thatsächlich geschieht, sondern nur daraus, dass man, von der Quelle der Function ausgehend, fragt, was im Sinne des bewussten Willens geschehen sollte.

Es hat sich ergeben, dass sich der Gesetzgeber zu dem Zwecke, die Interessen zu schützen, des Mittels bedient, Pflichten zu begründen. Die logische Aufeinanderfolge der Begriffe kann also nur sein: Der Gesetzgeber erlässt einen Befehl, der Imperativ begründet eine Pflicht, die Pflicht begründet das Recht. Die Bestimmung des subjectiven Rechtes hat daher immer vom Begriffe der Pflicht her zu geschehen, eine Lehre, die nothwendig aus dem Satze folgt, dass der Pflichtbegriff den Mittelpunkt des Rechtssystems bildet.

Man hat in der Literatur nur zu wenig beachtet, dass das subjective Recht auf allen Rechtsgebieten immer nur aus dem Begriff der Pflicht entwickelt werden kann. Es ist unmöglich, zu dem Begriff des subjectiven Rechtes primär zu gelangen.

Die Entwicklung des subjectiven Rechtes aus dem Begriffe der Pflicht soll nunmehr die bisher gewonnene Definition des subjectiven Rechtes bestätigen.

Das „Du sollst" des Gesetzgebers, welches die Pflicht begründet, hat sich genauer ergeben als ein „Du kannst" und „Du musst". Mit dem Befehle verfolgt der Gesetzgeber den Zweck, ein Interesse zu schützen. Dieses Interesse könnte ohne den Befehl des Gesetzgebers nicht untangiert bestehen, bezw. sich erfüllen, denn der vom Befehle Betroffene ist ein Widerstrebender, der eben, würde er in seiner Handlungsfähigkeit nicht beschränkt, dem Interesse zuwiderhandeln würde. Mit der Begründung der Pflicht realisiert sich das Interesse des Berechtigten. Diesem erwächst ein Können, das nicht vorläge, wenn auf den Verpflichteten ein Druck nicht geübt würde. Dem Können und Müssen des Verpflichteten steht mithin das Können des Berechtigten gegenüber. Und da auf der Seite des Verpflichteten das Können in dem Müssen begriffsnothwendig vorhanden ist, da ein Müssen ohne Können, eine Nothwendigkeit ohne Möglichkeit nicht denkbar ist, bedarf es einer ausdrücklichen Hervorhebung des Könnens des Verpflichteten neben dem Müssen nicht. Mithin stehen subjectives Recht und Pflicht einander gegenüber als Können und Müssen — eine Bestimmung, die mit der Gegenüberstellung des Rechtes und der Pflicht als Macht und Zwang vollständig identisch ist.

Das Können des Berechtigten besteht nicht etwa neben dem Müssen, sondern es besteht ausschliesslich in dem Müssen des Verpflichteten. Das Recht als objective Macht ist, wie sich nun bewahrheitet, ausschliesslich geistige Function, Motiv im Verpflichteten. Das Können ist nicht etwa ein Handelnkönnen. Denn da das Recht ausschliesslich in Beziehungen besteht, liegt das Können lediglich darin, dass sich der Verpflichtete so verhält, wie es dem Interesse des Berechtigten entspricht. Von sich aus braucht der Berechtigte durchaus nicht handeln oder geniessen können, nm berechtigt zu sein. Sein Können ist ein vollständig passives. Das Recht ist der gewollte Reflex der Pflicht. Die Macht, die der Berechtigte übt, übt er von sich aus schon durch seine Existenz: er wirkt sie durch das Motiv im Verpflichteten. Nur, dass es sein Interesse ist, das geschützt wird, lässt gerade für ihn ein Können entstehen. Die Macht, die die Pflicht auferlegt, ist immer socialpsychische Macht; sie geht daher in letzter Linie nicht vom Berechtigten aus, sondern von der Rechtsgemeinschaft aus. Diese schafft ein Können für den Destinatär des Interessenschutzes. Nur in den meisten Fällen, nicht aber begriffswesentlich, steht dem Berechtigten die Möglichkeit zu, mittelst Berufung auf die ihm zur Verfügung gestellten mechanischen Zwangsmittel von sich aus einen Druck auf den Verpflichteten zu üben. Freilich erscheint insoferne

die Macht des Berechtigten, als ihm der Klageweg gewährt ist, gesteigert. Man darf aber nie vergessen, dass die Macht nicht darin besteht, klagen zu können, sondern dass die Macht gerade dann wirkt, wenn der Berechtigte eine Klage zu erheben keine Veranlassung hat. Der Schutz des Interesses besteht darin, dass die Macht eine pflichtwidrige Bethätigung nicht aufkommen lässt. Der Schutz ist wesentlich ein präventiver. Nicht darin besteht ja der Schutz der Interessen, wie so häufig gemeint wird, dass dem Berechtigten der Weg Rechtens offensteht, wenn dem Interesse zuwidergehandelt wurde, sondern gerade darin, dass das Interesse nicht tangiert wird. Besteht ja das Interesse oft genug nur in dem Momente, in welchem die pflichtwidrige Bethätigung erfolgt, und kann doch von einer restitutio in integrum in den seltensten Fällen die Rede sein.

Weil dem Rechte nur die regelmässige, nicht die ausnahmslose Befolgung der Normen wesentlich ist, von Recht im Sinne einer realen Macht also schon dann gesprochen werden muss, wenn sich die subjectiven Rechte in der weitüberwiegenden Mehrzahl durchsetzen, braucht sich das subjective Recht nicht in jedem einzelnen Falle als Macht zu bewähren. Der generellen Natur des Rechtes gemäss, das ein Product der Gemeinschaft und für diese berechnet ist, ist das einzelne subjective Recht nicht concrete, sondern abstracte Macht, die Pflicht nicht concreter, sondern abstracter Zwang. Wäre die Pflicht concreter Zwang, so müsste man in jedem Falle, in dem pflichtwidrig gehandelt wurde, sagen: es lag kein Zwang vor, folglich war der Handelnde nicht verpflichtet. Und vom Rechte müsste man sagen: der Berechtigte übte keine Macht, folglich hatte er kein Recht.

Nur weil man in der Literatur die abstracte, generelle Natur der Rechtsmacht übersieht, bestreitet man die hier aufgestellte Bestimmung des subjectiven Rechtes als Macht.

Lenel (Exceptionen S. 1 f) meint: „Und doch ist nichts klarer, als dass das subjective Recht in Wahrheit keine Macht und keine Herrschaft ist, und zwar das dingliche so wenig als das obligatorische. Kann doch die Befugnis — man denke z. B. an das Eigenthumsrecht an einer gestohlenen Sache, welche der Dieb herauszugeben weder Willens ist, noch thatsächlich genöthigt werden kann — aller Macht ledig sein, ohne darum im mindesten aufzuhören Recht zu sein". Diese Stelle ist bloss geeignet, das Recht nicht als concrete Macht, die in jedem einzelnen Falle wirkt, erscheinen zu lassen. Doch bildet dies keinerlei Hindernis, das Recht als abstracte Macht

zu bezeichnen. Und in der That kann nicht daran gezweifelt werden, dass sich in einem civilisierten Staate im Verhältnis zur denkbaren Anzahl von Entwendungen nur sehr selten Diebstähle ereignen. Würde es an der Tagesordnung sein, dass jeder dem Anderen die Sachen wegnimmt, so könnte von einem Rechtszustand nicht gesprochen werden.

Ebenso wie Lenel übersieht Schlossmann das generelle Moment, wenn er (Vertrag 12) über die Erfassung des Rechtes als einer „Macht oder Herrschaft" sagt: „Dieser Definition steht entgegen, dass man ein Recht ohne eine Herrschaft, und eine Herrschaft ohne ein Recht haben kann: jenes sehen wir bei einem vorübergehend depossedirten Fürsten, und bei dem Eigentümer, der seine Sache verloren hat, diese beim Usurpator und bei dem nicht titulirten Besitzer." Selbstverständlich behauptet die Definition nicht, dass jede Macht oder Herrschaft Recht ist, wie Schlossmann hier zu imputieren scheint. Es wurde ja ausdrücklich betont, dass das Recht sich von der Willkürherrschaft dadurch unterscheide, dass es den allgemeinen Willen verkörpert und die Interessen der Mitglieder der Rechtsgemeinschaft schützt. Weiters berücksichtigt Schlossmann an dieser Stelle nicht, dass es sich nicht um Macht über eine Sache, sondern um Macht über Menschen handelt. Diese Macht hat auch der Eigenthümer einer verlorenen Sache. Denn in wessen Besitz er sie findet, stets kann er den Finder unter Androhung der gerichtlichen Verfolgung zur Rückgabe bewegen. Und in jedem Falle, in welchem der Finder die Sache, obwohl er sie sie lieber behalten würde, dennoch zurückstellt oder deponiert, macht sich eben das Eigenthumsrecht als Macht geltend. Und wäre selbst der Eigenthümer der verlorenen Sache im einzelnen Falle völlig machtlos, so könnte deswegen die Natur des Rechtes als einer abstracten Macht nicht in Abrede gestellt werden.

Und nur, weil Sohm die wesentlich praeventive Natur des Rechtes übersieht, vermag er (Grünhut, 4. Bd., S. 472 ff.) das Wesen des Forderungsrechtes in seiner „Ohnmacht" zu erblicken. Berechtigt sein, heisst nicht, befriedigt sein, und nicht, ein Recht „an einer Sache" haben, (Sohm übersieht bei seiner Definition des Eigenthums als Rechtes „selbst zu handeln" auch die Relationsnatur alles Rechtes), sondern die Macht haben, seine (positive oder negative) Befriedigung zu erreichen; nicht aber etwa, wie Thon meint, als „Anwartschaft auf Ansprüche" (Rechtsnorm 218), sondern als Anwartschaft auf pflichtmässiges Handeln, als Anwartschaft darauf, dass solche Ansprüche, wie Thon sie im Auge hat, überhaupt nicht einzutreten brauchen. Wäre die Möglichkeit, für sich,

im eigenen Interesse zu klagen, ein wesentliches Merkmal des subjectiven Rechtes, so könnte eine lex imperfecta ein subjectives Recht gar nicht begründen. Und doch unterscheidet sich die durch solche lex auferlegte Pflicht nicht in ihrem Wesen, sondern nur durch das Mittel der Auferlegung von anderen Pflichten. Und besteht das subjective Recht ausschliesslich in der Pflicht, so kann ein subjectives Recht seinem Wesen nach nicht davon abhängen, was für eine Unrechtsfolge der pflichtwidrigen Bethätigung droht; es kommt nur darauf an, dass eine Pflicht besteht, also eine sanctionierte Norm vorliegt; auch die lex imperfecta aber ist eine sanctionierte Norm, daher begründet auch sie ein subjectives Recht für den geschützen Interessentrager.

Der aufgestellte Begriff des subjectiven Rechtes heischt Geltung für das gesammte Rechtsgebiet. Er ist insbesondere als der Gattungsbegriff anzusehen, dem die Artbegriffe: subjectives Privatrecht und subjectives öffentliches Recht zu subsumieren sind. Eben wegen seiner Allgemeinheit aber ist der Begriff ein ziemlich leerer. Keineswegs kann er den Begriff des subjectiven Privatrechtes oder den des öffentlichen Rechtes erschöpfen. Es müssten noch die specifischen Merkmale dieser beiden Rechtsgebiete in ihm Aufnahme finden.

Gerade die in der Literatur gegebenen Aufstellungen über das subjective Recht zeigen, wie verhängnisvoll es ist, an die Untersuchung der allgemeinen Begriffe, die dem ganzen Rechtsgebiete angehören, vom Standpunkte einer speciellen Disciplin, besonders des Privatrechtes heranzutreten. Man muss in die grössten Schwierigkeiten gerathen, wenn man, vom römischen Actionenrecht ausgehend, in erster Linie an die Klage denkt, und nur dann von Recht sprechen will, wenn eine Klage erhoben werden kann. Von diesem specifisch römischen Standpunkt wendet sich etwa Thon gegen die Auffassung, dass der durch den Imperativ geschützte Destinatär, selbst wenn er völlig passiv ist, zum Berechtigten wird: „Es ist keine Veranlassung, den ihn schützenden Staatswillen als sein Recht zu bezeichnen. Dies kann man nur, falls der Interessent selbst zur Realisierung des Schutzes mit berufen ist". (Dagegen treffend Sohm, Grünhut, 4. Bd., S. 457 f). Es ist sehr bestechend, wenn Thon fragt, wieso man den „Staatswillen" als Recht eines bestimmten Menschen bezeichnen kann. Aber nicht, weil der Staatswille ihn schützt, erwächst dem Träger des Interesses „sein Recht". „Sein Recht" wird der Normenschutz, weil es sein Interesse ist, das geschützt wird. Gerade weil Thon vor der Verletzung ein Recht nicht annehmen will — ausser als „An-

wartschaft auf Ansprüche" —, und nach der Verletzung eben das Recht als praevenierende Macht nicht mehr in der Form besteht, in der es früher bestanden hat, löst sich ihm das ganze Recht in „Ansprüche" auf. Mit Recht hebt Binding (K. V. S., Bd. XXI, S. 557) gegen Thon hervor, dass nach seiner Lehre von subjectiven Rechten kaum gesprochen werden könne. Nur sieht Binding den Grund irrigerweise in den Imperativen, statt darin, dass Thon die praeventive Natur des Rechtes übersieht. Durch seine merkwürdige Construction des subjectiven Rechtes als Anspruch, d. h. also in der überwiegenden Zahl der Fälle: als „Klagerecht", gelangt Thon, ohne es zu bemerken, zu dem eigenartigen, seine ganze Auffassung vom Rechte durchziehenden Widerspruch, dass dem Rechte in abstracto das Zwangsmoment nicht wesentlich ist (Rechtsnorm S, 7), dagegen das subjective Recht wesentlich in repressivem Zwang besteht. Dieser Widerspruch ist nicht gegeben, wenn man das Recht im objectiven und das Recht im subjectiven Sinn wesentlich als praevenierende Macht erfasst. Zwischen Normenschutz und Recht zu unterscheiden, mag auf dem speciellen Boden des Privatrechts angehen. Eine Bestimmung des subjectiven Rechtes, die für das ganze Rechtsgebiet gelten soll, kann einen derartigen Unterschied nicht zugeben. Besteht das Recht wesentlich darin, dass es eine interessenschützende Macht ist, und besteht der Interessenschutz gerade darin, dass das Interesse nicht verletzt wird, dann ist das subjective Recht mit dem Normenschutz unmittelbar gegeben. Der Schutz realisiert sich gerade insofern, als es nicht zur Klage kommt. Die Klage realisiert nicht den Schutz, sondern sie ist nur das schwache Surrogat des Schutzes, wenn dieser versagt hat.

Was zu dem Normenschutz noch hinzutreten muss, damit die Begriffe des subjectiven Privat- und öffentlichen Rechtes entstehen, muss hier dahingestellt bleiben. Keinesfalls empfiehlt es sich, diese Begriffe in einer solchen Weise zu fixieren, dass sie einander als Gegensätze gegenüberstehen, wie dies z. B. Jellinek thut (System S. 57). Soll es möglich sein, sie beide unter dem höheren Begriff: subjectives Recht einzuordnen — in welchem Falle es allein berechtigt ist, die beiden Arten von Rechten in gleicher Weise als „subjective Rechte" zu bezeichen — so müssen sie gewisse Merkmale gleich haben. Es möchte aber schwer fallen, die gemeinsamen Merkmale anzugeben, wenn das subjective Privatrecht als ein Dürfen, das subjective öffentliche Recht als ein Können gefasst wird.

Als sociales Product ist das Recht seiner Wirksamkeit nach vom Standpunkt der Gruppe, nicht des einzelnen Individuums zu

beurtheilen, denn es erfasst den Menschen als Gruppenangehörigen, nicht als singuläres Ich. Da auch der Gesetzgeber seine Normen für die ganze Rechtsgemeinschaft, nicht für einzelne Menschen erlässt, so legt er einen Durchschnittsmassstab an. Er schützt daher auch die Interessen der Menschen nicht so, wie sie gerade im einzelnen Falle vorliegen, sondern wie er sie annehmen muss, wenn er die ganze Gruppe in Betracht zieht. Das Recht nimmt an, dass beim Vorliegen eines bestimmten Thatbestandes dieses oder jenes Interesse besteht, und dass es in bestimmter Intensität besteht. Der Einzelne wird auch dann gegen Eingriffe von Mitmenschen geschützt, wenn er momentan ein Interesse daran nicht hat. Ja selbst wer das gegentheilige Interesse hätte, erscheint geschützt. Die Pflicht, nicht zu tödten, ist auch dann gegeben, wenn der Geschützte das Interesse hat, zu sterben. Man kann daher nicht mit Kessler, Einwilligung S. 52 sagen: „Interessenschutz wider den Willen des Interessenten ist ein Widerspruch in sich selbst."

Gerade um einzelner solcher Thatbestände willen, dass ein Interesse nicht gegeben ist, haben manche Schriftsteller die Lehre aufgestellt, die Verbrechen seien nicht wesentlich interessenwidrige Bethätigungen, da es ja Fälle gebe, wo sie einem Interesse nicht zuwiderlaufen. Solche Argumentation übersieht, dass es methodisch unzulässig ist, vom einzelnen Fall auszugehen. Dieselbe Methode, die Binding verleitet, aus dem Umstande, dass bei manchen Normen eine specifisch-rechtliche Sanction nicht zu entdecken ist, zu schliessen, dass also (!) die Norm begrifflich einer Sanction nicht bedarf, verführt Finger zu der Lehre, dass das Verbrechen begrifflich nicht Interessenverletzung sei: „Der einzelnen normwidrigen Handlung ist eine Interessenverletzung gar nicht wesentlich; wäre sie dies und wäre sie als solche vom Gesetzgeber gedacht, dann wäre die Consequenz unvermeidlich, dass, wenn hinsichtlich einer Handlung der Beweis erbracht würde, dass sie dem Interesse, für welches die Norm erlassen wurde, wiewohl sie der Norm zu unterfallen scheint, nicht zuwiderläuft, diese Handlung straflos gelassen werden müsste". (GS, XL. Bd., S. 115).

Gerade weil das Recht nur nach seiner generellen Wirksamkeit beurtheilt werden darf, ist es für das Recht völlig unwesentlich, ob im einzelnen Falle ein Interesse besteht, und ob ein Einzelner vermöge seiner individuellen Anlage oder der besonderen Situation, in der er sich befindet, ein grösseres als das Durchschnittsinteresse oder ein geringeres oder gar kein Interesse hat. Das Recht schützt nur Durchschnittsinteressen, da es nur den Durchschnittsmenschen erfasst, und zwar in zweifachem Sinne: im Sinne des Vorhandenseins

oder Nichtvorhandenseins und im Sinne der Intensität des Interesses. Für den Gesetzgeber sind diejenigen Interessen stets vorhanden, die er voraussetzt, und sie sind so vorhanden, wie er sie voraussetzt. Nicht concrete, sondern abstracte, nicht individuelle, sondern generelle Interessen schützt das Recht. Zum Begriffe einer generellen, abstracten Interessenverletzung kann eben nicht gelangen, wer von der einzelnen Erscheinung ausgeht und dann, jedweden deductiven Princips entbehrend, nothwendig willkürlich generalisiert.

Sofern Kessler (Einwilligung S. 57 ff.) und Hertz (Unrecht S. 67) hervorheben, dass das Recht nicht Interessen des Rechtes, sondern der Menschen schützt, ist ihnen beizustimmen. Beide jedoch stellen das Individuum statt des Gruppenangehörigen in den Vordergrund. (Treffend: Bernatzik, Archiv f. öff. R., V. Bd., S. 233 ff., A. Merkel, Lehrbuch 10, Elemente S. 15, 38 ff.).

Verbrechen ist sonach, wie jede pflichtwidrige Handlung, Verletzung eines abstracten Interesses. Und subjectiv berechtigt sein heisst: Träger eines geschützten abstracten Durchschnittsinteresses sein.

Im Früheren hat sich das subjective Recht als eine abstracte Macht herausgestellt. Es ist immer dann nicht concrete Macht, wenn der Schutz versagt, wenn die pflichtwidrige Bethätigung erfolgt. Das subjective Recht enthält mithin das abstracte Moment doppelt. Es ist abstract vom Standpunkt des Verpflichteten als abstracte Macht, und es ist abstract vom Standpunkt des Berechtigten, wenn das Interesse nicht besteht; also das einemal vom formellen, das anderemal vom inhaltlichen Standpunkt betrachtet.

Alles Recht betrifft wesentlich nur das Zusammenleben der Menschen. Daher kümmert sich das Recht begrifflich nur um das Interesse der Menschen an dem Verhalten der Mitmenschen. Da den Menschen im Verhältnis zu den Mitmenschen ein anderes Verhalten gar nicht möglich ist, als dass sie handeln oder unterlassen — blosse psychische Functionen haben nach aussen keinerlei Wirkung —, so sind rechtliche Interessen allemal nur Interessen an Handlungen und Unterlassungen von Mitmenschen. Nur solche Interessen können Gegenstand des Rechtsschutzes sein. Der Berechtigte kann also nur ein Recht darauf haben, dass andere Menschen handeln oder unterlassen. Die Bezeichnungen: ein Recht „an einer Sache", ein Recht „zu handeln", sind nicht correct und verwirrend (treffend Schlossmann Vertrag 260).

Ein Recht darauf, dass ein Anderer handle oder unterlasse, heisst nach der allgemein üblichen Terminologie ein obligatorisches

Recht. Also sind alle Rechte in letzter Linie obligatorische Rechte. Ja, der Ausdruck obligatorisches Recht ist bereits ein Pleonasmus. Denn Obligiertsein heisst nichts anderes als Verpflichtetsein: und da jedes Recht — weil das Recht eben als objective Macht lediglich Motiv im Verpflichteten ist — lediglich in der Pflicht des Verpflichteten besteht, kann es andere Rechte als obligatorische überhaupt nicht geben. Die principiell gegensätzliche Gegenüberstellung von dinglichen und obligatorischen Rechten kann daher nicht ganz richtig sein.

Subjectiv berechtigt sein heisst sonach, als Träger eines abstracten Durchschnittsinteresses an der Handlung oder Unterlassung eines Nebenmenschen dadurch geschützt sein, dass dieser durch ein Motiv — wenigstens regelmässig — von dem Zuwiderhandeln gegen das Interesse abgehalten wird. Vermöge der untrennbaren Correlation von Recht und Pflicht, die darin gründet, dass mit der Pflicht stets das Recht gegeben ist, und dass das Recht ausschliesslich in der Pflicht besteht, erscheint der Verpflichtete gleichsam als das Medium, durch dessen Vermittlung der Berechtigte sein Interesse wahrnimmt. Das mit dem Müssen des Verpflichteten gegebene Können des Verpflichteten ist identisch mit der psychischen Macht, die der Berechtigte übt.

Dem Berechtigten theilt das Recht nicht etwa neben der Motivierung des Verpflichteten noch etwas zu. Das Recht rechnet damit, dass der Berechtigte von sich aus, aus dem rein natürlichen Triebe, seine Interessen wahrnimmt, falls es nothwendig scheinen sollte. Im Verpflichteten allein ist das Recht als objective Macht geistige Function, denn es ist nur Motiv. Im Berechtigten geht kein seelischer Process vor sich, der nicht bereits mit seiner individuellen Organisation gegeben wäre. Dass Jeder von Natur aus bestrebt ist, sein Interesse durchzusetzen und wahrzunehmen, macht jede Function des Rechtes dem Berechtigten gegenüber überflüssig.

Ueberblickt man die Wirksamkeit des Rechtes im allgemeinen, so lässt sich feststellen:

Regelmässig verhütet das Recht, dass ein Widerstreben eintritt (Recht als subjectivierte Macht). Tritt das Widerstreben ausnahmsweise ein, so verhindert das Recht regelmässig die pflichtwidrige Bethätigung (Recht als objective Macht, subjectives Recht). Wird die pflichtwidrige Bethätigung ausnahmsweise gesetzt, dann hat der Berechtigte, wenn man alle Fälle überblickt, regelmässig die Möglichkeit, den Rechtszwang gegen den Verpflichteten in Bewegung zu setzen.

Um das Dürfen, das ausserhalb der Rechte und Pflichten liegt, um die Ausübung, den Genuss des Rechtes kümmert sich das Recht nicht. Denn es besteht begrifflich nur in Beziehungen zwischen Berechtigten und Verpflichteten. Es hätte keinen Sinn zu sagen: ich geniesse einem Dritten gegenüber. Das im Müssen nothwendig liegende Dürfen — man kann nicht müssen, was man nicht darf — bedarf eben, weil es wesentlich darin liegt, nicht erst der Hervorhebung.

Nirgends übt das Recht die Function zu „erlauben", zu „gewähren", „anzuerkennen" neben der Auferlegung des Müssens. Es sagt ausschliesslich: Du sollst, das heisst: Du musst, und darin liegt die Statuierung des Könnens.

Nur wer im Banne der Vorstellung steht, dass das Recht an alle Menschen, während sie im Flusse der Entwickelung, auf einer Culturstufe stehen, die bereits das Resultat der Wirksamkeit des Rechtes und der übrigen ethischen Mächte ist, nunmehr plötzlich, als wäre es gar nicht vorhanden gewesen, von aussen herantritt, indem es zu den Handlungen, die im Grunde nur gesetzt werden können, weil das Recht schon wirksam war und ist, jetzt erst Stellung nimmt, hier billigend, die Fortsetzung des Handelns erlaubend, dort missbilligend und verbietend, nur der könnte darauf bestehen, dass das Recht neben dem Müssen ein Erlauben, Gewähren, Anerkennen u. s. w. ausspreche,

Solcher Vorstellungsweise begegnet der Einwand, dass sich das Recht in und mit den Menschen entwickelt hat. Von einem ‚Erlauben" des Rechtes als einer realen Macht kann nie die Rede sein, da Erlauben, wie später ausführlich zu zeigen sein wird (unten § 22), keine in den empirischen Verlauf eingreifende Function bedeutet. Vollends statuiert das Recht neben dem Müssen, das in der Pflicht, und dem Können, das in ihr, bezw. im subjectiven Recht liegt, keinerlei Können.

Es ist gewiss nicht zu leugnen, dass die Menschen viele Handlungen nur vornehmen können, weil es ein Recht gibt — eine Auffassung, zu der man sich bereits dadurch bekennt, dass man das Recht als eine „reale Macht" bezeichnet. Aber es ist nicht zuzugeben, dass das Recht ein Können anders statuiere, als durch Imperative. Man muss die drei Arten des Könnens auseinanderhalten, um diese Thatsache zu erkennen. Man kann die drei Arten kurz mit den Worten: Berechtigtsein, Handelnkönnen und Bewirkenkönnen bezeichnen.

Dasjenige Können, welches das subjective Recht ausmacht, um dessentwillen es eben als Macht erscheint, liegt, wie darzuthun ver-

sucht wurde, ausschliesslich in der Pflicht. Berechtigtsein ist ja nicht ein Handelnkönnen, sondern das Recht ist nur das Mittel dazu, dass — vom Standpunkt eines Nebenmenschen besehen — gehandelt werden kann für den Fall, dass der geschützte Interessenträger bereits von sich aus handeln kann und auch handeln will, wenn überhaupt eine Handlung des Berechtigten in Frage steht.

Das Können, das ausserhalb des subjectiven Rechtes liegt, ist ein Handelnkönnen oder ein Bewirkenkönnen. Das Handelnkönnen — in diesem Sinne — stellt die Fähigkeit dar, seinen Willen in die That umzusetzen, Muskelbewegungen vorzunehmen und in die Aussenwelt einzugreifen. Dass dieses Können mit der natürlichen Organisation des Menschen gegeben ist, dass es nicht eine Folge der Imperative ist, ist klar. Denkt man sich sämmtliche geltenden Normen hinweg, so entfällt die Möglichkeit zu essen, zu trinken u. s. f. nicht.

Das Bewirkenkönnen ist das Handeln-, bezw. Unterlassenkönnen, nicht vom Standpunkt des Handelnden, sondern von dem der Folgen des Handelns betrachtet, also das Handelnkönnen, erfasst unter dem Gesichtspunkte des Zweckes als die Fähigkeit, einen Thatbestand zu setzen, an den Rechtsfolgen geknüpft sind, sei es, dass der Handelnde den Eintritt der Rechtsfolgen gerade bezweckt, sei es, dass er ihren Eintritt nicht wünscht. Gerade dieses Können wird aber wieder durch Normen und zwar ganz allein durch Normen begründet. Lediglich die Imperative ermöglichen, dass der vom Handelnden verfolgte Zweck, bezw. die unerhofften Wirkungen eintreten. Die Problemstellung hat zu lauten: Was ist die reale Ursache dafür, dass das beschriebene Papier ein „Testament" ist?, dass das Hintreten vor den Standesbeamten und die Wechselrede mit ihm eine „Eheschliessung" bedeutet? Einzig und allein, dass an Menschen gewisse Befehle gerichtet werden, wenn bestimmte Thatbestände eintreten, ist die Ursache, dass es solch rechtliches Können: testieren, ehelichen gibt. Nur die Imperative schaffen die Rechtsbeziehungen zwischen den Menschen, und nur die verschiedenen Relationen, in die die Menschen zu einander treten, lassen eine Handlung als Ausfluss rechtlichen Könnens erscheinen. Dass ein beschriebenes Papier ein „Testament" ist, dass ein Mensch „verehelicht" ist, ist nur die kurze Ausdrucksweise dafür, dass Menschen in bestimmten Relationen zueinander zu stehen. Testament sein ist nicht Qualität des beschriebenen Papieres, verehelicht sein ist nicht Qualität eines Menschen, sondern lediglich Relation. Die Relationen entstehen aber ausschliesslich durch Imperative. Es ist daher ungenau zu sagen: Das Recht „erweitert die Handlungsfähigkeit".

Das Walten des Rechtes hat vielmehr bloss die Wirkung, dass der Einzelne gewisse Handlnngen setzen, gewisse Zwecke verfolgen kann, an deren Setzung und Verfolgung den Wollenden andere Menschen hindern könnten, bezw. deren erhoffte Wirkung vermöge der durchkreuzenden Thätigkeiten anderer Menschen nicht eintreten könnte, würden nicht die Imperative die Störung hintanhalten. Die Handlungsfähigkeit steht dem Handelnden, von seinem Standpunkt betrachtet, von Natur aus zu, und insofern ist es durchaus nicht „naturrechtliche Auffassung", von einer „natürlichen Handlungsfähigkeit" zu sprechen. Stände dem Handelnden die Fähigkeit von Natur aus nicht zu, so könnte sie auch das Recht nicht herbeiführen, so wahr ein Imperativ Blinde nicht sehend und Lahme nicht gesund machen kann. Nur das Bewirkenkönnen ist Resultat der geltenden Imperative, nicht das Handelnkönnen.

Denkt man also die geltenden Imperative hinweg, so fällt damit sowohl dasjenige Können hinweg, welches das subjective Recht ausmacht, als dasjenige, das die Möglichkeit darstellt, Rechtsfolgen eintreten zu machen. Damit ist festgelegt, dass das Recht als objective Macht ausschliesslich aus Normen besteht, und dass es „Gewährungen", „Machtverleihungen" neben den Normen nicht enthält, sondern dass es eben, was es gewährt, durch Normen gewährt.

Hiermit ist aber noch nicht die Art der Wirksamkeit des Rechtes überhaupt bestimmt. Sieht man nämlich genauer zu, so ergibt sich, dass alles Thun, wie es sich heute ereignet, sei es Genuss oder Arbeit oder Gebet, nur möglich ist auf Grund einer Jahrtausende langen, durch das Recht beeinflussten culturellen Entwicklung, dass also auch das sogen. natürliche Können im Grunde ein rechtliches Können ist. Gerade hieran, so scheint es, pflegen die Schriftsteller zu denken, wenn sie von den Gewährungen des Rechtes sprechen. Und freilich muss es platt erscheinen, diese Wirkung lediglich den gerade geltenden Normen zuzuerkennen. In Wahrheit liegen diese „Gewährungen" viel tiefer, aber nichtsdestoweniger wieder nur in Imperativen. Was heute möglich ist, ist es vielfach nur auf Grund des Wirkens von Normen, die an Menschen gerichtet waren, die längst gestorben sind, und dadurch, dass sich die Imperative im Laufe der fortschreitenden Cultur in das Innere der Menschen verlegt haben. Wer kann von sich auch nur behaupten, dass er geboren worden wäre, hätte das Recht nicht bereits das Leben seiner Urahnen geschützt? In dem Walten längst erloschener Rechtssysteme also und in der Brust der lebenden Generation suche man die Gewährungen des Rechtes, nicht neben den geltenden Imperativen im Bereiche der objectiven Macht.

Das Recht schränkt in Wahrheit durch die Auferlegung von Pflichten die natürliche Handlungsfähigkeit ein, indem es ein Müssen statuiert. Denkt man sich das Recht hinweg, so hätte, wer nur im Besitze der hiezu erforderlichen natürlichen Kraft ist, die Möglichkeit, sich fremdes Gut — wenn man noch von solchem sprechen könnte, nachdem das Recht hinweggedacht ist — anzueignen, Menschen zu tödten u. s. f. Diese Möglichkeit wird durch die Imperative — wenigstens regelmässig — zunichte gemacht. Es ist daher Kessler völlig zuzustimmen, wenn er sagt: „Jeder Mensch hat von Hause aus die Disposition über alle seine Güter. Das Recht gibt ihm keine Dispositionsfähigkeit, sondern schränkt die an und für sich vorhandene ein . . . Man hat also nie nach einer besonderen Einräumung der Disposition, sondern nur danach zu fragen, ob sie dem factisch Disponirenden nicht von Rechtswegen genommen sei." (GS., Bd. XXXIX, S. 110).

Wenn das subjective Recht wesentlich schon dann besteht, wenn der Berechtigte völlig passiv ist, und wenn es lediglich Normenschutz ist, dann kann jeder Mensch Träger eines subjectiven Rechtes sein. Eine Willens- oder Handlungsfähigkeit ist hiezu nicht erforderlich. Der Willensunfähige bedarf keines Vertreters, um berechtigt sein zu können.

Es könnte nun auffallen, wenn behauptet wird, dass ein Willensunfähiger ein Interesse haben könne. Thatsächlich macht sich auch manchmal die Geneigtheit geltend, von Interesse nur zu sprechen, wenn ein rechtlich relevanter Wille vorliegt. So sagt z. B. Tezner (Grünhut, Bd. XXI, S. 110, Note 2 a): „Indess bleibt es immer eine Fiction, ob ich mir einen demens . . . als wollend, oder als Interessenten . . . denke." Demgegenüber ist hervorzuheben, dass man das Wort Interesse in objectivem und in subjectivem Sinne gebrauchen kann (treffend Leonhard, Grünhut, Bd. X, S. 26). Nur wenn ein Interesse in subjectivem Sinne einem demens oder einem Säugling zugeschrieben würde, läge eine Fiction vor. Denn subjectiv bedeutet Interesse lediglich die sympathische Beziehung des Subjectes zu der Vorstellung des Eintretens oder Nichteintretens eines Ereignisses. Wer etwas will, hat bereits insofern ein Interesse, das Gewollte zu erreichen. Denn das Gewollte ist immer die Lust, worin sie auch bestehen mag. Dagegen fragt sich, ob das Gewollte in der That auch im Interesse des Wollenden — jetzt das Wort im objectiven Sinn gebraucht — liegt. Es gibt erkannte und verkannte Interessen. Man könnte nie sagen, dass Jemand seinem eigenen Interesse zuwider will und handelt, könnte man das Wort nur im subjectiven Sinne gebrauchen. Interesse im objectiven Sinne ist das „wahre"

Interesse, d. h. dasjenige, woran nach der Ansicht eines vom Interessenten verschiedenen Beurtheilers richtigerweise ein subjectives Interesse bestehen sollte. Solches Interesse ist vom Willen des Subjectes unabhängig. In der civilisierten Gemeinschaft wird bei den Willensfähigen das objective Interesse mit dem subjectiven regelmässig coincidieren, so dass sich der „Gemeinwille" im allgemeinen auch als das „Gemeininteresse" darstellt. So wenig aber das Recht als Gemeinwille deshalb geleugnet werden kann, weil es in der Rechtsgemeinschaft willensunfähige Mitglieder gibt, so wenig darf das rechtliche Interesse der Einzelnen als subjectives aufgefasst werden. Denn das Recht erfasst die Subjecte nicht als Individuen, sondern als Gruppenangehörige. Nicht das subjective Interesse ist die Grundlage des subjectiven Rechtes, sondern das Interesse im objectiven Sinne. Und würde das Recht nur Interessen im subjectiven Sinne schützen, so könnte von den rechtlichen als von Durchschnittsinteressen und als abstracten Interessen nicht gesprochen werden. Von einer Fiction kann sonach wohl nicht die Rede sein, wenn Willensunfähigen subjective Rechte zugesprochen werden. Rechtliches Interesse ist nicht subjectives, sondern objectives Interesse, und zwar objectives abstractes Durchschnittsinteresse an dem Eintritte oder Nichteintritte menschlicher Handlungen oder Unterlassungen.

## § 12. Critik und Fortsetzung.

§ 12. Critik und Fortsetzung

Die Literatur über die Begriffe des Rechtes und der Pflicht bietet heute ein Bild der tiefsten Zerklüftung. Es gibt keine grundsätzliche Aufstellung, die nicht directen Widerspruch erfahren hätte. Nur die wichtigsten unter den Controversen seien hier aufgeführt: Man lehrt z. B.:

1. Dass es eine Rechtspflicht überhaupt nicht gebe. So vermeinen Cohnfeldt (Die Lehre vom Interesse, S. 28), und Lotmar, Causa S. 10, dass das Recht die Verbrechen gar nicht verbiete, und erklärt Klöppel (Staat und Gesellschaft, S. 274): „Alle Pflicht ist wesentlich sittliche Pflicht". Diese Schriftsteller übersehen, ausser der präventiven Natur alles Rechtes, dass man die Moral nicht als Quelle von Befehlen ansehen kann, deren Befolgung im Kreise der Menschen nicht als Gebot der Moral gilt. Als sittliche Pflichten können nur diejenigen angesehen werden, deren Uebertretung den Menschen als unsittlich gilt. Denn ausser dem, was den Menschen als Moral gilt, gibt es keinerlei Moral; lebt ja doch die Moral ausschliesslich in der Innerlichkeit der Menschen. Und es leuchtet ein, dass es unmöglich

wäre, von Rechten zu sprechen, wenn es keine Rechtspflichten gäbe. Allerdings ist das Recht nach Klöppel l. c. S. 278 „rechtlich anerkannte eigene Macht". Aber Klöppel fasst diese Macht nicht auf als ein Können, betrachtet vom Standpunkte eines anderen Menschen, als des Könnenden — wie es allein richtig ist, da alles Recht nur Beziehung zwischen Menschen ist —, sondern als Können, gerade vom Standpunkt des Könnenden. Darnach könnten aber Handlungsunfähige nicht Rechtssubjecte sein. Denn ein Können, allein vom Standpunkte des Könnenden betrachtet, hat nur als ein Handelnkönnen einen Sinn.

2. Man lehrt, dass es subjective Rechte nicht geben könne; z. B. Duncker, die Besitzklage und der Besitz, 1884, S. 263: „Meine Ansicht lässt sich kurz in den Satz zusammenfassen: Es giebt nur Pflichten und keine Rechte." Der Gedankengang, der zu diesem sonderbaren Resultate führt, wurde bereits oben § 10 als unzutreffend darzuthun versucht.

3. Eine in der staatsrechtlichen Literatur nicht selten begegnende Ansicht besagt, dass es keine subjectiven öffentlichen Rechte gebe. Der Gedanke, auf dem diese Vorstellung beruht, ist der, dem Bekker in der Abhandlung: Zur Lehre vom Rechtssubjekt (Jahrb. für Dogm., 12. Bd., S. 5) Ausdruck gibt — ohne dass allerdings Bekker solche Folgerung ziehen will —: „Recht im subjektiven Sinne heisse ich ein Gewaltverhältniss, das nicht beruht auf der eigenen Kraft des Gewalthabers, sondern auf der eines Dritten, der in gleicher Weise steht über dem Gewalthaber und dem in der Gewalt Befindlichen". Gewiss scheint diese sehr zutreffende Aufstellung der Annahme eines Rechtsverhältnisses zwischen dem souveränen Staat und einem seiner Glieder zu widerstreiten. Die Schriftsteller jedoch, die aus solcher Erwägung heraus die subjectiven öffentlichen Rechte leugnen, übersehen, gleich den Anhängern der Selbstbindungstheorie, dass dasjenige, was angeblich „über" den beiden in Rechtsbeziehung stehenden Subjecten schwebt, nur eine synthetisch gewonnene Vorstellung ist, der reale Existenz nicht zukommt. Das Leben zeigt nur nebeneinander befindliche Menschen, die miteinander in Relationen stehen. Aus solch bildlicher Vorstellung kann weder die Existenz, noch die Nichtexistenz subjectiver öffentlicher Rechte abgeleitet werden. Besteht alles Recht in letzter Linie in Beziehungen zwischen Menschen, so ist allemal zu diesen Beziehungen herabzusteigen.

4. In der neueren Literatur kehrt auch häufig der Gedanke wieder, dass es heute ein Privatrecht in dem Sinne, in dem die romanistischen Schriftsteller von ihm zu sprechen pflegen, nicht gibt.

Darin liegt offenbar eine gesunde Reaction gegen den Gedanken eines speciell individualistischen Rechtes, das mit dem öffentlichen Rechte so gut wie nichts gemein habe, eine Annahme, die das Privatrecht in eben solcher Weise aus dem gesammten Rechtscomplexe herausreisst und isoliert, wie die absoluten Strafrechtstheorien das Criminalrecht als etwas wesentlich Anderes hinstellen, als die übrigen Rechtsgebiete. Soll es eine allgemeine Rechtswissenschaft überhaupt geben, und soll es sprachlich nicht geradezu verfehlt sein, mehrere Dinge, die angeblich schlechterdings nichts gemein haben, als „Recht" zu bezeichnen, so darf auch das Privatrecht nicht nur neben den übrigen Rechtstheilen, sondern muss mit ihnen auf gemeinsamem Boden stehen. Die Einsicht in die sociale Natur des Rechtes lässt den Gedanken, als spielten die Individualinteressen auch nur in einem seiner Gebiete die Hauptrolle, immer mehr zurücktreten. Mit Recht sagt A. Merkel, Lehrbuch, S. 13: „Das Recht hat in keinem seiner Theile den Charakter eines Privatinstituts." (Vgl. auch Gerland, GS, 59. Bd., S. 97, besonders aber Gierke, Körperschaftsbegriff, S. 133).

5. Man lehrt auch, dass das Recht nicht wesentlich nur in Beziehungen zwischen Menschen bestehe — wie bekanntlich schon v. Savigny behauptet hat —, sondern theilt die Rechtsbeziehungen in solche zwischen Person und Person und solche zwischen Person und Sache (z. B. Dahn, Vernunft S. 13, Begriff des Rechts, S. 5, insb. aber Kohler, Einführung S. 12 f.). Hierher zählen auch viele Schriftsteller, die das Recht begrifflich schon vor der Pflicht existieren lassen, und annehmen, dass die Pflicht erst von aussen dem Rechte gegenübertrete. Dass der dinglich Berechtigte zur Sache in Beziehung steht — und gerade das dingliche Recht bildet den Ausgangspunkt solcher Lehre —, ist zwar im Allgemeinen nicht zu leugnen. Nur darf man nicht übersehen, dass diese Beziehung eine wirtschaftliche Beziehung und nicht eine Rechtsbeziehung ist. Da das Recht geistige Function lediglich im Verpflichteten ist, läge in der Beziehung des Berechtigten zu einer Sache keinerlei rechtliche Function — was eben der psychologischen Natur des Rechtes widerspricht. Die meisten Schriftsteller sprechen von einer Beziehung zur Sache deshalb, weil sie sich — wie bes. Kohler — scheuen, das dingliche Recht aus Verboten „an die ganze Welt" bestehen zu lassen. Dass aber eine derartige Annahme gar nicht nothwendig ist, wird bei Besprechung des dinglichen Rechtes darzuthun versucht werden. Besteht das subjective Recht wesentlich nur in der Pflicht, und kann man zum Begriffe desselben nur über den Pflichtbegriff gelangen, dann ist es unmöglich, anzunehmen, dass ein subjectives

Recht vorliege, zu dem sich eine Pflicht erst später hinzugesellt. Solch merkwürdige Annahme ist wohl nur entweder daraus zu erklären, dass sich die Schriftsteller im Banne naturrechtlicher Anschauung befinden, die sie ein subjectives Recht vor dem objectiven Recht annehmen lässt — eine unzutreffende Vorstellung deshalb, weil das objective Recht nur eine gedankliche Zusammenfassung der subjectiven Rechte darstellt, diesen daher, ausser man würde es in der Bedeutung: Complex von Imperativen fassen, begrifflich und zeitlich nicht vorangehen kann — oder, dass die Schriftsteller, die Relationsnatur des Rechtes übersehend, das Recht der Person immanent sein und Pflichten oder „Ansprüche" daraus „hervorgehen" lassen.

Besonders verwirrend aber ist es, wenn man dann, wie Binding (Normen, I. Bd., S. 363 f.) das subjective Recht selbst als Object des Rechtsschutzes hinstellt: Das Recht schützt nur „Rechte und Rechtsgüter". In Wahrheit schützt das Recht Interessen und erzeugt insofern Rechte. Wieso soll nun das Recht diese Rechte wieder, noch einmal schützen? Binding's Auffassung mag wohl darin gründen, dass er, das Recht als „Dürfen" fassend, Recht und Erlaubnis identificiert, wonach thatsächlich das Recht von der Pflicht unabhängig wäre. Denn damit Jemandem etwas erlaubt ist, dazu bedarf es einer Verpflichtung dritter Personen ebensowenig, als solche Verpflichtung Dritter für irgend Jemanden eine Erlaubnis begründen könnte. Da aber das Recht nicht ein Dürfen, sondern ein Können Dritten gegenüber ist, fällt die Prämisse und mit ihr der Schluss.

6. Abgesehen von den angeführten Lehren ist die Literatur einstimmig der Ansicht, dass das Recht wesentlich in Beziehungen zwischen Menchen bestehe, und dass Recht und Pflicht nothwendig Correlata seien. Man spricht auch von einer nothwendigen Correlation in dem Sinne, dass Rechte nur haben könne, wer auch verpflichtet sein kann, und bestreitet aus diesem Gesichtspunkt die Rechtsfähigkeit der Thiere (z. B. Jung, Delikt, 162). Nicht von dieser Art der Correlation aber, deren Zutreffen auf sich beruhen möge, ist hier die Rede, sondern von der Lehre, dass jeder Pflicht ein Recht, jedem Rechte eine Pflicht correspondieren müsse.

Es ist nun auffallend, dass zahlreiche bedeutende Schriftsteller diese Lehre anerkennen und sich dabei in einen offensichtlichen Widerspruch setzen, ohne ihn zu bemerken und zu beheben zu suchen. So lehrt z. B. Merkel, dass Recht und Pflicht immer zusammengehören; ja er sagt sogar: „Das Recht reicht soweit als die korrespondierende Pflicht, und es kann kein Bedenken geben

gegen die Annahme des Ersteren, wo die Letztere ausser Zweifel steht." (Ges. Abh. I, 393). Dessenungeachtet gibt er an anderer Stelle zu, dass nicht jedes Verbrechen einem subjectiven Rechte zuwiderlaufe: „Irrig aber ist es, das Wesen aller Delikte in einer Verletzung subjektiver Rechte finden zu wollen" (Lehrbuch 21). Damit ist aber eben eingeräumt, dass es Pflichten gibt, denen ein Recht nicht gegenübersteht. Denn dass ein Verbrecher pflichtwidrig handelt, leugnet er natürlich nicht (Lehrb. 177). Merkel allerdings nimmt ein subjectives Recht des Staates auf Unterlassung der Verbrechen an (Lehrb. 172) und tritt damit in die Nähe der Auffassung Binding's, der aus der steten Correlation den Satz folgert: „Alles Unrecht läuft wider subjektive Rechte" (Normen I, 295). Hiemit ist jedoch ein zweiter Widerspruch gegeben. Denn wenn bezüglich jedes Verbrechens ein Recht des Staates auf Unterlassung besteht, dann bestehen eben „alle Delikte in einer Verletzung subjektiver Rechte", wenigstens soweit das Strafrecht in Betracht kommt.

Am schärfsten betont R. Löning (Grundriss S. V.) die Nothwendigkeit der Correlation und zieht daraus die scheinbar unausweichliche Consequenz: „Jeder rechtlichen Verbindlichkeit eines Subjekts muss nothwendig gegenüberstehen das subjektive Recht, der Anspruch eines Anderen auf Einhaltung oder Erfüllung dieser Verbindlichkeit . . . es ist Aufgabe der Wissenschaft, für jede einzelne Verbrechensart das verletzte subjektive Recht ausfindig zu machen."

In der That nun scheint die Rechtslehre hier an einem sehr schwierigen Punkt angelangt zu sein. So bedenklich die Folgerung Loening's scheint, so unrichtig erschiene es, den so natürlichen und einfachen Satz, dass Recht und Pflicht stets zusammengegeben sind, und der nicht geleugnet werden kann, wenn Recht thatsächlich Macht und Pflicht Zwang sein soll, wieder umzuwerfen. Manche Schriftsteller scheuten sich allerdings nicht, die Correlation zu verwerfen. So sagt Jellinek: „Allseitige Untersuchung des Pflichtbegriffes führt auch zur Einsicht in die Unhaltbarkeit der naturrechtlichen Lehre, dass Recht und Pflicht unter allen Umständen Correlate seien, demnach jede Pflicht ein subjectives Recht begründe" (System 185 f.) Jellinek hat aber weder die „allseitige Untersuchung" schriftlich niedergelegt, noch gibt er ein principielles Criterium an, welches erkennen lässt, wann eine Pflicht ohne Recht gegeben ist; überdies scheint er die Möglichkeit der Pflichten, von denen er hier spricht, an anderer Stelle wieder in Abrede zu stellen. (System S. 186: „Setzt die Verfassung Pflichten des Monarchen fest, . . .", dagegen Staatslehre, I, 516.) Auch wird nur behauptet, dass es Pflichten ohne Rechte, nicht aber, dass es Rechte ohne

Pflichten geben könne. Gierke, (Körperschaftsbegriff 130) leugnet die Nothwendigkeit der Correlation nur für das römische Recht: „Während das römische Recht ein System von einseitigen Befugnissen war, baute sich das deutsche Recht auf dem Gedanken der Gegenseitigkeit als ein System von Rechten und Pflichten auf. Das Recht ward nicht als absolute, sondern als eine sittlich beschränkte Willensmacht, als gegenseitige Beziehung verschiedener Willen zu einander vorgestellt". Da die vorliegende Darstellung nur die höchstentwickelten Rechtssysteme im Auge hat, für die Gierke das Bestehen der Correlation gewiss bejaht, entfällt ein Anlass zu näherem Eingehen.

Wiewohl man in der Literatur, wie betont, im Allgemeinen an der Zusammengehörigkeit der beiden Beziehungspunkte festhielt, und auch erkannte, welch practisches Princip die Wissenschaft ihr eigen nenne, wenn sie sagt: „Das Recht reicht soweit als die korrespondierende Pflicht, und es kann kein Bedenken geben gegen die Annahme des Ersteren, wo die Letztere ausser Zweifel steht" (vergl. auch Grueber, Encykl. 19), so war man, wie begreiflich, doch nicht in der Lage, das Princip überall durchzuführen. Ja man nahm oft genug, insbesondere um die Zwangsnatur des Rechtes leugnen zu können, da und dort ein Recht oder eine Pflicht willkürlich an, um die Gegenseite daraus zu deducieren, anstatt dass man daran dachte, dass man das Recht und die Pflicht nur dann als sicher gegeben annehmen durfte, wenn die dazugehörige Gegenseite feststand. Zudem wählte man als Ausgangspunkt mit Vorliebe die rechtliche Stellung des Monarchen, indem man ihm entweder a priori Pflichten zulegte (Binding, Hdb. I, 162, Thon, Rechtsnorm, S. 11; Merkel, Jur. Enc., § 57), um daraus zu schliessen, dass der Zwang dem Rechte nicht wesentlich sei, oder indem man ihm a priori Rechte zuerkannte (Merkel, Ges. Abh. I, 392) oder zugleich Rechte und Pflichten beilegte (Grueber, Encykl. S. 14). Wie schwierig gerade die rechtliche Stellung des unverantwortlichen Staatsoberhauptes zu erfassen ist, erhellt bereits daraus, dass nicht nur die geschichtliche Entwicklung der Stellung eingehend berücksichtigt werden muss, sondern auch der unlösbare Zusammenhang der Frage mit den Problemen der juristischen Person, des Begriffes der Organschaft, der Eigenschaft des Staates, Genossenschaft und Anstalt zu sein, und des Begriffes Anstalt. Man betrachte etwa die eingehenden Untersuchungen der Staatsrechtslehrer über die schwierige Frage. So kommt Bernatzik (Archiv für öff. Recht, Bd. V, S. 300 f.) zu dem Resultate: „So zweifellos der Monarch hier Organ des Staates ist, der neben ihm und über ihm seinen

rechtlichen Bestand als Rechtssubject hat, ebenso zweifellos übt der Monarch die staatlichen Hoheitsrechte doch aus kraft »eigenen Rechtes«, er erwirbt dieselben und hat sie inne wie ein Privatrecht . . ." Die Schwierigkeit zeigt sich umso grösser, als Jellinek diese Auffassung bekämpft (System, S. 137), jedoch eine befriedigende Entscheidung sichtlich nicht zu geben vermag. Es heisst Staatslehre I, 516: „Für die höchsten und wichtigsten Pflichten aber lässt sich die Imperativform gar nicht denken". „Dennoch sind alle diese Rechte in Wahrheit nur berechtigende Pflichten".

Zudem operieren die Schriftsteller vielfach mit ganz verschiedenen Begriffen vom subjectiven Recht, und hat insbesondere die so überaus häufige Verwechslung von Dürfen und Berechtigtsein vielfach Rechte annehmen heissen, die Rechte nicht sind. Dass der Monarch vieles „darf", was Andere nicht dürfen, ist zweifellos; damit allein aber ist ein subjectives Recht noch nicht gegeben. Es ist daher Wach vollinhaltlich beizustimmen, wenn er erklärt, es „sollte die Berufung auf Rechtssätze unterbleiben, deren Qualität als solcher durchaus problematisch ist, beispielsweise die Sätze des Völkerrechtes, die angeblichen Rechtssätze, welche lediglich den Souverän als ihren «Unterworfenen» binden sollen". (Grünhut, Bd. VI, S. 539).

7. Soferne man die Correlation Recht — Pflicht anerkannte, stritt man darüber, welche von den beiden Seiten die wichtigere sei. Die Civilisten, insonderheit diejenigen, die die Pflicht aus dem Rechte entspringen lassen, erkennen dem Rechte, der „activen Seite", den Vorrang zu. So sagt Jhering (Jahrb. für Dogm., Bd. X, S. 392): „Alle Rechte des Privatrechtes . . begründen ein Rechtsverhältnis des Berechtigten zu etwas ausser ihm . . . ."; doch gilt dies eben nur für das Privatrecht: „Die Polizei- und Criminalgesetze schützen uns, aber nicht in Form eines uns zustehenden Rechts" (Geist, III. Theil, 1. Abth., 3. Aufl., S. 339). Ihm folgen Binding, Normen I, 96: „Das Recht ist begrifflich das frühere . . . ." und A. Merkel (Grünhut, Bd. VI, Ges. Abh. I, 377): „Uebrigens kommt das Uebergewicht der aktiven Seite des Rechtsverhältnisses in zahlreichen Bestimmungen zum Vorschein. Hierher gehört es, dass das Dürfen unter Umständen unverändert fortbesteht, obgleich hinsichtlich des auf der passiven Seite des Rechtsverhältnisses regelmässig vorauszusetzenden Sollens eine Aenderung vor sich gegangen ist. Man denke etwa an den Erfüllungszwang in seiner Richtung gegen Wahnsinnige. Das Dürfen bleibt hier im alten Umfange mit der vollen Rechtshilfe ausgestattet, obgleich auf der Gegenseite das Sollen abgestorben und nur ein Müssen übrig ge-

blieben ist." Besonders deutlich sagt Windscheid (Pandekten Bd. I, S. 138, Note 4): „Bei dem Sittengesetz ist nichts da, als die Pflicht, bei dem Rechtsgesetz ist die Pflicht da kraft des gewährten Rechtes". Wie Windscheid diese Stelle mit seiner Auffassung des Eigenthums als eines Complexes von Verboten vereinbaren kann, ist nicht klar. Ob es angeht, vom rein privatrechlich-practischen Standpunkte das Recht als die wichtigere Seite der Beziehung zu betrachten, bleibe dahingestellt. Gewiss ist nicht unrichtig, wenn Oppenheim (Objecte 190), das Recht insoferne als das „Primäre" erklärt, als „die Pflichten wegen der Rechte da sind, nicht umgekehrt". Dadurch wird die Frage allerdings nicht gelöst. Denn nicht um die practische, sondern um die theoretische Wichtigkeit handelt es sich. Merkel übersieht an der citierten Stelle, dass sich die Rechtsbeziehung wesentlich ändert, wenn der Schuldner wahnsinnig wird. War früher der Schuldner Tausend schuldig, so ergehen nunmehr (von Amtswegen oder auf Antrag) Imperative an staatliche Organe, einen Vertreter zu bestellen. Die einfache Rechtsbeziehung, die früher bestand, als ein Zurechnungsfähiger verpflichtet war, wird nunmehr compliciert. Die Rechtsstellung des Gläubigers zum Vertreter könnte erst aus einer eingehenden Analyse der Stellung des Vertreters entwickelt werden. Besteht das Recht, wie festgestellt, ausschliesslich in der Pflicht, so kann es nicht wie ein fester Punkt angesehen werden, der unverrückbar bestehen bleibt, wenn sich der Faden der Beziehung vom ursprünglich Verpflichteten ablöst und an einen Anderen anknüpft, oder sich spaltet. Heisst, wie aus der Relationsnatur des Rechtes hervorgeht, Berechtigtsein nichts, als: in Beziehung stehen, so kann von einer Identität des Rechtes nicht die Rede sein, wenn sich die Beziehung ändert. Merkel konnte an dem Satze nur festhalten, weil er das Recht hier als Dürfen fasst. Weit zutreffender aber sagt er selbst an anderer Stelle: „Das subjektive Recht ist Macht eines Subjektes einem anderen gegenüber . . . . die unseren Interessen verliehene Macht hat daher eine ausschliessliche Beziehung auf Dritte" (Elemente 38 f.), welch letztere Ansicht man als Merkels wahre Meinnung anzusehen hat, da sie in einem späteren Werke aufgestellt ist, und der man freilich beistimmen muss, da sie das Merkmal des Könnens im Rechtsbegriffe und die Beziehungsnatur zutreffend berücksichtigt.

Im Gegensatz zu den angeführten Schriftstellern schreibt Bierling (Jur. Pr. I, 73), dass die „Pflichtseite" eines Rechtsverhältnisses eine „stärkere Betonung verdient": „Werden die Normen von den Verpflichteten allgemein beobachtet, so erfüllen sie ihre Auf-

gabe vollständig, auch wenn alle diejenigen, welche jenen als Berechtigte gegenüberstehen, keine Ahnung von ihren bezüglichen Rechtspflichten als solchen haben." Diese treffende Bemerkung hebt im Grunde nur die natürliche Folge der Thatsache hervor, dass das Recht geistige Function bloss im Verpflichteten ist. Der Gesetzgeber überlässt es dem durch die Pflicht in seinem Interesse Geschützten, ohne ihn irgendwie psychisch zu beeinflussen, ob er seine Interessen wahrnehmen und geltend machen will, und er rechnet hierbei eben auf den natürlichen Trieb des Menschen.

Die Auffassung sonach, dass die Pflichtseite die stärkere Betonung verdient, dass der Begriff der Pflicht der Mittelpunkt des Rechtssystems ist, kann als durch die in der Literatur entgegenstehenden Behauptungen entkräftet nicht angesehen werden.

Unrichtig ist es ferner, wenn manche Schriftsteller und häufig auch die Gesetze, offenbar das Dürfen mit dem Rechte identificierend, behaupten: Jemand habe „das Recht und die Pflicht", eine Handlung vorzunehmen — eine Construction, die seit Brinz (Pandekten, 1. Aufl. I, 48) besonders zur Characterisierung der öffentlichen Rechte verwendet wurde, so dass Bierling sagen kann: „Der Satz, dass öffentliche Rechte zugleich Pflichten sind, ist wohl als Gemeingut der heutigen Rechtswissenschaft zu betrachten" (Kritik I, 156).

Besteht die Pflicht in einem Müssen, das Recht in einem Können, ist die Pflicht Bekämpfung der Interessen des Widerstrebenden, das Recht Interessenschutz, so ist unmöglich, dass derselben Person bezüglich derselben Handlung Recht und Pflicht zugleich zusteht. In Wahrheit liegt hier nur ein singuläres Dürfen vor, das eben anderen Personen nicht zusteht, z. B. ein Verhaftendürfen, Tödtendürfen, das, wenn es z. B. staatlichen Organen zusteht, um deswillen Pflicht ist. Ein subjectives Recht besteht hier nicht. Denn es besteht nicht ein Können speciell in der Richtung auf einen verpflichteten Dritten, sondern ein Können nur insoferne, als es im Müssen logisch nothwendig enthalten ist.

Nur hinsichtlich einiger Arten von Organen, etwa des Monarchen, könnte man, wie z. B. auch Bernatzik construiert, neben der Pflicht von einem Rechte sprechen. Dass dieses „Recht" aber etwas wesentlich Anderes ist, als die Rechte, von denen im Allgemeinen die Rede ist, wird sich später zeigen.

Wenn Ihering in seiner Schrift: Der Kampf ums Recht, die Ausübung, beziehungsweise Geltendmachung des Rechtes als Pflicht hinstellt, so setzt er sehr zutreffend hinzu, dass es sich hierbei nicht um eine Rechtspflicht, sondern eine sittliche Pflicht handelt: „Der

Widerstand gegen das Unrecht ist Pflicht, Pflicht des Berechtigten gegen sich selber — denn er ist ein Gebot der moralischen Selbsterhaltung — Pflicht gegen das Gemeinwesen — denn er muss, damit das Recht sich behaupte, ein allgemeiner sein." (6. Aufl. S. 19).

Eine in der Literatur häufig vertretene Ansicht geht dahin, dass die Strafgesetze subjective Rechte nicht begründen. Man drückt sich gewöhnlich in der Weise aus, dass man sagt: das Strafgesetz schafft wohl Rechtsgüter, es schützt rechtliche Interessen; doch erscheinen das Leben, die Ehre, die Freiheit u. s. f. nicht zu subjectiven Rechten „ausgeprägt."

Vor allem sei hierbei betont, dass es verwirrend ist, zu sagen: „das Leben", „die Freiheit" u.s.f. sei ein subjectives Recht oder sei es nicht. Es ist nicht zulässig, das subjective Recht als ein Recht „an etwas" oder als ein Recht, etwas zu sein, z. B. unverletzt, frei zu sein, oder als ein Recht, etwas zu haben, oder etwas zu thun oder zu unterlassen, aufzufassen. Subjectives Recht ist immer nur Recht darauf, dass ein anderer Mensch handle oder unterlasse. Nur diese Auffassung wird der Natur des Rechtes als eines Systems von Beziehungen zwischen Menschen gerecht.

Es ist fast unmöglich, gegen die Argumente der Ansicht, dass das Strafgesetz subjective Rechte nicht begründe, im Einzelnen Stellung zu nehmen, da die meisten Schriftsteller mit dem Ausdrucke „subjectives Recht" einen anderen Sinn verbinden. Nur zweierlei sei hervorgehoben.

Wie noch eingehend darzuthun ist, ist es nicht zutreffend, die Norm vor oder neben dem Strafgesetze einhergehen zu lassen (unten § 14). Wenn daher die Ansicht mit dem Gedanken operiert, dass das Strafgesetz überhaupt nicht Pflichten und daher auch nicht Rechte begründe, so fällt sie mit dieser Prämisse.

Häufig liegt der Leugnung auch die Erfassung des subjectiven Rechtes als eines „Wollendürfens" oder „Handelndürfens", kurz als einer Erlaubnis zu Grunde. Wer allerdings das Recht als ein Dürfen fixiert, muss folgerichtig leugnen, dass das Strafgesetz Rechte begründe. Enthält ja das Strafgesetz zumeist Verbote. Treffend sagt z. B. Wach, Grünhut, XI, Bd. S. 551 f: „Man begreift, dass aus dem Nichtthun-Dürfen Dritter kein eigenes rechtliches Thun-Dürfen folgt, dass aus der Willensbeschränkung Dritter nicht abgeleitet werden kann eine Befugnis selbst zu handeln. Aus dem an eine bestimmte Gruppe von Menschen gerichteten Verbot eine Sache anzugreifen, und in ihren Nutzen zu verwenden, folgt für die in jener Gruppe nicht Eingeschlossenen nicht, dass sie das subjektive Recht haben, über die Sache zu verfügen." Wer

jedoch dieser Auffassung, dass das subjective Recht ein „Thundürfen" sei, nicht huldigt, für den entfällt die Nothwendigkeit, mit Wach, l. c. S. 557 weiter zu folgern: „Strafgesetze, die in ihnen enthaltenen Gebote und Verbote geben also als solche keine subjektiven Rechte. Sie geben sie selbst dann nicht, wenn sie offensichtlich zu Gunsten der Einzelnen aufgestellt sind. Man denke an Brandstiftungsgesetze. Aus ihnen hat niemand ein subjektives Recht, dass der Andere nicht Brand stifte." Allerdings fasst Wach hier das subjective Recht nicht als Thundürfen; damit ist aber ein Widerspruch gegeben. Denn das subjective Recht kann doch nicht einmal als Dürfen, das anderemal als Können erklärt werden. Es ist interessant, den weiteren Gedankengang Wachs zu verfolgen. Wach sucht in der Abhandlung, aus der hier citiert wird, und die betitelt ist: „Defensionspflicht und Klagerecht", nachzuweisen, dass der Anspruch gegen das Gericht nicht ein Bestandtheil des materiellen Rechtes des Ansprechers ist. Da Wach — wenigstens an den meisten Stellen — das Recht als ein „Thundürfen", statt als ein Können ansieht, ergeben sich ihm grosse Schwierigkeiten, das „Klagerecht" nicht als subjectives Recht zu construieren, denn es ist ja in der That ein Klagendürfen. So schlägt Wach den Weg ein, den Begriff des subjectiven Rechtes einzuengen, was aus dem Gesichtspunkte des Dürfens und der Verbote nicht schwer fällt. Der Satz, dass das Strafgesetz Rechte nicht schaffe, ist nur die Vorstufe, über welche Wach zu dem gewünschten Ergebnis gelangt. Es heisst S. 554: „Aus ihnen [sc. den Strafgesetzen] hat niemand ein subjectives Recht . . . ., nicht anders ist das Verhältnis des Einzelnen zu dem Beamten zu beurtheilen." So ergibt sich der Schluss: „Das Klagen ist nicht Erheben eines Rechtsanspruches gegenüber dem Gerichte." So wenig also, meint Wach, das an den Einzelnen gerichtete Verbot, Brand zu stiften, ein „Recht" auf Unterlassung der Brandstiftung erzeugt, so wenig begründet das an den Richter erlassene Gebot, die Klage entgegenzunehmen, ein „Recht" zu klagen.

Diese Parallele erscheint jedoch nicht unbedenklich. Denn der Beamte ist als solcher nicht Mitglied der Rechtsgemeinschaft in dem Sinne, wie es alle Staatsbürger schlechthin sind, er ist ja Organ des Staates. Wie der „Klageanspruch", das „Klagerecht" zu construieren ist, hängt wesentlich von der Fixierung der rechtlichen Stellung der Organe ab. Dass die eigenthümliche Rechtsbeziehung zwischen dem Klageerhebenden und dem Richter nicht aus dem materiellen Rechte des Klägers, etwa seinem Eigenthums- oder Pfandrechte deduciert werden kann, darin wird Wach

Jedermann beistimmen. Die Analogie jedoch, die Wach wahrnehmen zu müssen vermeint, dürfte ebensowenig zutreffen, wie die Construction des materiellen Rechtes als eines Dürfens. Die rechtliche Stellung des Organs kann, wie es scheint, nur aus dem Begriffe der juristischen Person, mit dem derjenige der Organschaft untrennbar zusammenhängt, entwickelt werden. Die auf das Strafgesetz bezüglichen Aufstellungen Wachs scheinen sonach wohl nicht zwingend zu sein.

Wer das subjective Recht als Können, vom Standpunkte eines Nebenmenschen betrachtet, auffasst, für den kann sich aus einem an Andere gerichteten Gebote oder Verbot sehr wohl ein subjectives Recht des durch die Norm geschützten Interessenträgers ergeben. Für den entfällt, wie betont, auch das Bedenken, das Binding beibringt, das Recht sei nach dieser Ansicht nur „ein Loch im Centrum des Normenkreises". Es ist nicht etwas lediglich Negatives, sondern ein positives Können, eine reale Macht.

Die Leugnung scheint zunächst im Gefolge der ganz richtigen Lehre entstanden zu sein, welche in Abrede stellt, dass jedes Verbrechen einem subjectiven Rechte zuwiderlaufe, eine Auffassung, die entweder, wie bei Feuerbach, nöthigt, den Begriff Verbrechen in unzulässiger Weise einzuschränken („Rechtsverbrechen") oder, wie z. B. bei Loening, dahin führen müsste, den Begriff des subjectiven Rechtes übermässig weit auszudehnen (Grundriss S. V).

Wenn nun aber auch nicht jedes Verbrechen einem subjectiven Recht widerstreitet, so kann doch nicht die weitgehende Behauptung aufgestellt werden, dass Strafgesetze subjective Rechte überhaupt nicht begründen. Wenn es richtig ist, dass das subjective Recht darin besteht, dass ein Interessenträger (einzelner Mensch oder Verband) dadurch geschützt wird, dass dem zur Verletzung seines Interesses Disponierten eine Pflicht auferlegt wird, dann ist nicht einzusehen, warum nicht auch strafgesetzliche Normen Rechte begründen sollen. Verbietet das Strafgesetz den Mord, den Raub u. s. f., Verbote, die gewiss immer einzelnen Menschen gerade so zugute kommen und zugedacht werden, wie die privatrechtlichen Normen, so hat jeder einzelne Mensch, zu dem ein zur Verletzung der Interessen Disponierter in Beziehung tritt, ein subjectives Recht darauf, dass ihn der andere nicht morde, nicht beraube. Freilich spricht die meisten Verbote bereits das Privatrecht aus, wie man etwa aus der Statuierung von Ersatzpflichten entnehmen könnte; gewiss aber — und das gibt auch Wach zu (G. S. 1873, S. 440) — gibt es Normen, die lediglich in den Strafgesetzen vorkommen. Allerdings wäre es möglich, dass die Theorie des Privatrechtes genöthigt ist, den

Begriff des subjectiven Rechtes, wie er hier aufgestellt wurde, noch — wie es auch in der Literatur gewöhnlich geschieht — mit anderen Merkmalen auszustatten, etwa dem der Verzichtbarkeit, Uebertragbarkeit, Klagbarkeit im eigenen Interesse, Dispositionsfähigkeit oder dgl. Danach wäre aber das subjective Recht aus dem Strafgesetze durchaus nicht gestrichen, sondern eben bloss nicht Privatrecht. In der That rechnet man das Strafrecht gewöhnlich zum öffentlichen Rechte, wobei allerdings dahingestellt bleiben mag, ob es vernünftig ist, zu sagen: X hat ein privates Recht darauf, an seinen Sachen nicht fahrlässig, dagegen ein öffentliches Recht darauf, an diesen Sachen nicht dolos geschädigt zu werden. Immer aber bleibt noch die Nothwendigkeit, den Begriff des subjectiven Rechtes so zu construieren, dass er für das Privatrecht und für das öffentliche Recht zutrifft.

Weiters könnte, wer die Verfolgbarkeit im Interesse des Verletzten zum Merkmal des subjectiven Rechtes stempelt, nirgends ein subjectives Recht annehmen, wo die Pflicht durch lex imperfecta auferlegt wird. Es leuchtet aber ein, dass es, wenn das Recht nichts als der Reflex der Pflicht ist, und wenn, wie dargelegt, der Begriff der Pflicht unabhängig ist von der Art, wie die Pflicht auferlegt wird, welche Sanction also der pflichtwidrigen Bethätigung folgt, überhaupt nicht maassgebend sein kann, ob dem Berechtigten ein Rechtsmittel gewährt ist, und welcher Art dieses Mittel ist.

Und man ermesse, welcher Widersinn darin läge, wollte man etwa die rechtliche Situation, in der sich ein in einem Coupé sitzender Reisender dem Mitreisenden gegenüber befindet, in der Weise erfassen, dass der Reisende dem Mitreisenden gegenüber wohl ein Recht darauf hat, dass seine Sachen nicht fahrlässigerweise beschädigt werden (Privatrecht), nicht aber ein Recht darauf haben sollte, von ihm nicht getödtet zu werden (Strafrecht). Das Leben, also das allerwichtigste Substrat eines geschützten Interesses, sollte nur „Rechtsgut" sein; dagegen sollte etwa das Interesse, dass der Rock oder der Hut nicht beschädigt werden, „zu einem subjectiven Rechte ausgeprägt" sein.

Zudem ist es deshalb misslich, im Strafrecht statt des subjectiven Rechtes das „Rechtsgut" zu Ehren zu bringen, weil heute wohl Niemand genau anzugeben vermag, was ein Rechtsgut ist. Setzt man es, wie etwa v. Liszt, Lehrbuch 65, identisch mit dem „rechtlich geschützten Interesse", dann ist sachlich freilich nichts dagegen einzuwenden; nur ist es eben überflüssig und obendrein deshalb nicht empfehlenswert, weil sofort die verhängnisvolle Identificierung von Gut und Interesse darauf zu folgen pflegt. Fasst man das

Rechtsgut jedoch anders, dann entsteht jene Verwirrung, der Binding anheim fiel, als er als Rechtsgüter beispielsweise die völlig heterogenen Dinge zusammenstellte: „Der Schuldner für den Gläubiger", der Wald „als Wall gegen Lawinen", die „Schulderfüllungshandlungen", die „Rechtsfähigkeit", „der Staat" und „der Verschluss der Postpakete" (Normen I, 344 ff.), eine Verwirrung, die in der Definition zum Ausdruck gelangt: „Rechtsgut ist Alles, was . . . ." (ibid. S. 353).

So controvers der Begriff des subjectiven Rechtes ist, so ist er doch immerhin als Grundbegriff des Rechtes allgemein anerkannt; nicht aber der Begriff Rechtsgut, den z. B. ein so scharfsinniger Schriftsteller, wie Kessler, „principiell verwerfen zu müssen" vermeint.

Und schliesslich könnte man, wenn schon durchaus die Möglichkeit des Berechtigten, sich an das Gericht zu wenden, zum Begriffe des subjectiven Rechtes gehören soll, die subjectiven Rechte dann derart differenzieren, dass als Privatrechte nur diejenigen angesehen werden, deren Verfolgbarkeit ausschliesslich dem Interesse des Berechtigten dient — ohne dass jedoch solcher Auffassung das Wort geredet werden möchte.

Wenn nun im Voraufgehenden zugestanden wurde, dass nicht jedes Verbrechen einem subjectiven Rechte zuwiderlaufe, wurde, wie es scheint, der Grundsatz durchbrochen, dass jeder Pflicht auch ein subjectives Recht correspondieren müsse. Denn dass bezüglich jedes Verbrechens die Pflicht besteht, das Gebotene zu thun, bezw. das Verbotene zu unterlassen, kann nicht zweifelhaft sein. Der Ausweg, auf dem Merkel und Binding aus der schwierigen Alternative zu entkommen versuchten, indem sie subjective Rechte des Staates auf Unterlassung aller Verbrechen, bezw. auf Botmässigkeit construierten, wurde bereits oben verworfen. Ist doch Kessler durchaus beizustimmen, wenn er meint, es sei nicht gerechtfertigt, anzunehmen, dass „durch jede Prügelei wesentlich das deutsche Reich verletzt werde".

In diesem Dilemma hat sich die Trennungsmethode, die Scheidung des Rechtsbegriffes in zwei disparate Gebiete, in die constanten und die variablen Begriffsmerkmale, zu bewähren.

1. Das Recht als subjective Macht (d. h. als Rechtsbewusstsein) kommt, wie betont, für die formale Construction, die von jeder besonderen Rechtsordnung abstrahiert, nicht in Betracht. Die subjective Seite ist daher nicht dem constanten, sondern dem variablen Begriffstheil zuzuweisen. Nicht, als ob die Anschauungen und Werturtheile der Menschen einem jähen Wechsel unterworfen wären;

immerhin aber wurde der Rechtsbegriff — wenn auch in verhältnissmässig enger Umgrenzung — doch so weit gefasst, dass er Geltung beansprucht, welche Anschauungen und Urtheile immer der positiven Rechtsordnung zu Grunde liegen.

Wie betont, stellt der Gesetzgeber manchmal Normen auf, die im Grunde nur Anlehen aus dem Gebiete der Moral und Religion sind, und die seiner Absicht nach lediglich darauf berechnet sind, die Anschauungen, die in ihnen zum Ausdruck gelangen, wach zu erhalten und zu festigen; diese Normen sollen dem Rechte in den Augen der Bürger die ethische Weihe verleihen, die ihm nur dann beigelegt wird, wenn es sich nicht gegen Handlungen gleichgiltig zeigt, die als schwere Sünde oder grobe Unsittlichkeit gelten. Diese Normen müssen nothwendig hinwegfallen, wenn sich trotz ihnen die bestehenden Anschauungen ändern. In ihnen kann man nicht Rechtsnormen im strengen Sinne des Wortes erblicken: es sind nur die Stimmen der Religion und der Moral, die der Gesetzgeber in die Tonart des Rechtes transponiert. Sie sind deshalb von der formalen Betrachtung auszuscheiden. Gerade aber diese Normen sind es, die subjective Rechte nicht begründen. In der That führen auch alle Schriftsteller, die sich gegen die Ansichten Feuerbach's und Loening's richten, regelmässig die Verbrechen der Gotteslästerung, der Sodomie, des Incests, des ärgernisserregenden Benehmens u. dgl. an. Mit ihnen verfolgt der Gesetzgeber nicht unmittelbar den Zweck, die Interessen einzelner Menschen zu schützen; sie dienen den Menschen vielmehr bloss mittelbar, indem sie die Autorität des Rechtes zu stärken und erst dadurch die den Interessen unmittelbar dienenden Normen zu kräftigen berufen sind. In erster Linie wenden diese Normen ihr Antlitz der subjectiven Seite des Rechtes, dem Rechtsbewusstsein zu. Die eigenthümliche Art der Pflichten, die sie begründen, und die erst in zweiter Linie Rechtspflichten sind, können daher nicht ins Feld geführt werden, wenn man die Nothwendigkeit der Correlation bekämpfen will. Sie sind daher aus der formalen Betrachtung auszuscheiden.

2. Gerade im Gegensatze zu diesen der subjectiven Seite des Rechtes angehörigen Normen enthalten die positiven Rechtsordnungen zahlreiche Vorschriften, deren Befolgung durch ein ethisches Pathos nicht gesichert ist. Es sind rein formelle Normen, die entweder der Aufrechterhaltung der Ordnung dienen, oder lediglich die Voraussetzungen dafür schaffen, dass der Apparat des Rechtes überhaupt functionieren kann. Solche Normen dienen entweder den Zwecken der Organisation, indem sie z. B. „Wahlpflichten" begründen, oder sie sind, wie z. B. Zoll- und Polizeivorschriften,

détaillierte Aufstellungen, die nur unter ganz bestimmten Umständen gelten. Zu ihnen gehören etwa auch die Pflichten, die dem Verpflichteten um seiner selbstwillen auferlegt werden, etwa das Verbot des Abspringens von schnellfahrenden Fuhrwerken u. dgl. Der häufige Wechsel, dem sie unterliegen, gebietet, sie der variablen Seite des Rechtes zuzuweisen. Sie sind mithin gleichfalls von der formalen Betrachtung auszuschliessen. Wie die erstgenannten Normen dienen auch sie meistentheils nicht unmittelbar den Interessen der Menschen, sondern bloss mittelbar. Ihre Befolgung bildet die Voraussetzung dafür, dass die eigentlichen Rechtsnormen ergehen können, weil der Staat des physischen Zwangsapparates bedarf, um sich auf ihn berufen zu können, und weil sie die wenigstens regelmässige Durchsetzung des Rechtes gegen die Widerstrebenden sicherstellen sollen.

3. Endlich muss die von Gierke klargelegte doppelte rechtliche Stellung in Anschlag gebracht werden, die den modernen Staaten zum grossen Theile zukommt: der Staat ist Genossenschaft und Anstalt; er muss also von zwei Seiten her betrachtet werden. Nur die erstere Seite — dass er Genossenschaft ist — gestattet, ihn unter einem deductiven Gesichtspunkt zu erfassen. Dass er auch vereinzelte anstaltliche Elemente enthält, konnte nur eingehender historischer Betrachtung klar werden. Diese anstaltlichen Elemente, die in den verschiedenen Rechtssystemen verschieden sind, ja kaum in allen Staaten angenommen werden können, sind die Ergebnisse eigenartiger geschichtlicher Entwicklung. Die genossenschaftlichen und anstaltlichen Elemente zu vermengen, geht nicht an, da sie heterogene Elemente sind. Zudem geht heute die Tendenz vielfach dahin, die anstaltlichen Elemente immer mehr zurückzudrängen, da sie, als zumeist individualistische Elemente, den „socialen Gedanken", die heute im Vordergrund stehen, widersprechen. Sie sind sonach gleichfalls der variablen Rechtsseite, bezw. dem Recht als subjectiver Macht zuzuweisen. Die s. g. anstaltlichen „Rechte" sind überhaupt nicht Rechte in dem Sinne, wie man von Rechten im Allgemeinen zu sprechen pflegt. So ist z. B. das „Recht" einer Familie, dass ihrem Kreise das Staatsoberhaupt entnommen werde, oder das „Recht" gewisser Verbände auf ausschliessliche Vornahme mancher Handlungen nichts, was aus den Geboten oder Verboten der gerade bestehenden Rechtsordnung hergeleitet werden könnte; sie ruhen vielmehr auf geschichtlicher Tradition oder auf religiösen Vorstellungen („von Gottes Gnaden") und sind, wie betont, individualistische Befugnisse, deren Besitz von ihrem Träger als „eigenes Recht" — oder wie Bernatzik treffend hervorhebt — „wie ein Privatrecht" (Arch. f. öff. R. Bd. V, S. 300f.) empfunden und auch im Kreise der Staats-

bürger — wenigstens im Allgemeinen — als solches anerkannt wird. Es ist sehr richtig, wenn sich Wach dagegen verwahrt, dass die allgemeine Rechtslehre von derartigen Singularitäten ausgeht, um daraus für das ganze Rechtsgebiet geltende Folgerungen zu ziehen.

Mit dieser Erkenntnis sind diejenigen „Rechte" und „Pflichten" denen Pflichten, bezw. Rechte nicht correspondieren, oder die sich wenigstens nicht in solcher Correlation erschöpfen, aus dem Bereiche der formalen Betrachtung ausgeschieden.

Die einseitigen Pflichten, die sich ergeben haben, dienen, wie dargelegt, im Sinne des Gesetzgebers nicht unmittelbar, sondern bloss mittelbar den Interessen der Menschen. Bewährt sich demnach für die formale Construction die Nothwendigkeit der Correlation der Rechte und Pflichten auch angesichts des Dilemmas, das scheinbar nicht zu lösen ist, so erscheint es nunmehr nothwendig, die Begriffsbestimmung des subjectiven Rechtes in der Weise zu fassen, dass die auszuscheidenden Fälle von ihr nicht mit erfasst werden. Demnach ist das Merkmal des unmittelbaren Interessenschutzes in die Definition aufzunehmen. Rechtssubject sein heisst sonach, als Träger eines objectiven abstracten Durchschnittsinteresses dadurch in unmittelbarer Weise geschützt sein, dass der zur Verletzung des Interesses Disponierte durch ein Motiv abgehalten wird, welches, wenn man sämmtliche Fälle überblickt, die pflichtwidrige Bethätigung regelmässig hintanhält.

Diese Begriffsbestimmung ermöglicht, an der Correlation festzuhalten, und doch die schwierige Suche nach subjectiven Rechten zu vermeiden, zu denen nur verschlungene Pfade führen können. Treffend sagt Bekker, Theorie, Bd. I, S. 103 f.: „Nicht weil wo ein zweifelloses Recht verletzt ist, sehen wir den Staat die Strafe drohen, sondern aus der Strafsatzung selber schliessen wir rückwärts, dass die bedrohte Handlung ein Recht verletzen müsse, und construiren das Recht aus dem Verbrechen. Aber was wir so nur durch Abstraction aus dem Verbrechen gewinnen, ist natürlich nicht angethan, uns den festen Standpunkt zu gewähren, von dem aus wir den Begriff des Verbrechens uns unterwerfen könnten. Das Recht, das wir ausfindig machen, hat keine Bedeutung als für dies Verbrechen, keine Kraft, als soweit es durch die Strafdrohung dieses Verbrechens geschützt wird. Durch die Speculation also lernen wir kein wirkliches Recht kennen, und gewinnen auch für die Beurtheilung des Verbrechens nichts, was nicht in der Definition des Verbrechens uns schon mitgegeben wäre; darum nenne ich die Künstelei unnütz." Bekker würde allerdings nach dieser Stelle

eine Construction von subjectiven Rechten aus dem Strafgesetze überhaupt verwerfen. Desungeachtet kann die hier vertretene Auffassung durch Bekker's Ansicht nicht alteriert werden. Denn für Bekker handelt es sich hier um „den Begriff des Verbrechens", und insofern ist ihm auch rückhaltslos beizustimmen. Eine andere Frage ist es, ob es aus Gründen der Systematik geboten ist, die Beziehung zwischen dem zu einem Verbrechen Disponierten und dem durch ihn Bedrohten als Rechtsbeziehung in dem gewöhnlichen Sinne anzusehen, dass also Recht und Pflicht einander gegenübertreten. Hier wird nicht erst aus dem a posteriori gefolgerten Recht nach rückwärts geschlossen: also verletzt jedes Verbrechen ein subjectives Recht. Sondern es ergibt sich der Satz: Die Verbrechen sind entweder solche, die einem subjectiven Rechte zuwiderlaufen, oder solche, die lediglich Pflichtverletzung sind, ein Satz, der aus allgemeinen Principien entwickelt wurde. Wenn auch die Rechte, die durch die Strafrechtsnormen begründet werden, ausserhalb des Strafrechtes einen Wert nicht haben, so kann dies gegen die Construction nicht sprechen. Denn diese Rechte sollen nicht heuristisch verwendet werden: sie als Rechte anzuerkennen ist vielmehr systematisch gerechtfertigt und ein Gebot logischer Consequenz.

Es sei hier anticipiert, dass «rechtswidrig», «wider das Recht» richtigerweise nur bedeuten kann entweder: wider das objective oder wider ein subjectives Recht, nicht etwa: Objectiv wider das Recht und subjectiv wider das Recht (siehe unten § 21). Nachdem das objective Recht nichts als ein Complex von Normen ist, kann man statt rechtswidrig im Sinne von: wider das objective Recht, kurz sagen: normwidrig. Indem man das Wort rechtswidrig auf die Bedeutung: wider das subjective Recht, einschränkt, vermeidet man die Zweideutigkeit des Ausdruckes rechtswidrig. In diesem Sinne aber kann man die Verbrechen nicht schlechthin rechtswidrig nennen, da eben nicht alle Verbrechen einem subjectiven Recht zuwiderlaufen. Dagegen verletzt jeder, der ein Verbrechen begeht, unwidersprechlich eine Pflicht. Es empfiehlt sich daher, den in so vielfacher Weise missbrauchten Ausdruck: rechtswidrig aus der Verbrechensdefinition zu streichen und dafür: pflichtwidrig, bezw. normwidrig zu setzen. Dass diese letzteren Ausdrücke dasselbe besagen, nur von verschiedenen Standpunkten betrachtet, wird sich zeigen. Man kann also kurz einen der beiden Ausdrücke einsetzen und etwa an Stelle der Definition v. Liszt's (Lehrbuch, S. 119): „Verbrechen ist schuldhafte, rechtswidrige Handlung, die . . ." sagen: Verbrechen ist schuldhafte, pflichtwidrige Handlung . . . . . Dass auch diese Definition noch eine

Abkürzung zulässt, ergibt § 21 dieser Schritt. (Es ist übrigens nicht zu übersehen, dass es v. Liszt an dieser Stelle nicht um eine Definition, sondern um eine analytische Entfaltung des Begriffes zu thun ist.)

Sollte Bekker jedoch an der citierten Stelle, was allerdings nicht schlechthin imputiert werden kann, sagen wollen, dass es überhaupt nicht angehe, aus der Auferlegung einer Pflicht — und solche erfolgt immer nur mittelst Drohung — auf das Vorhandensein eines Rechtes zu schliessen, dann müsste allerdings darauf verwiesen werden, dass, wie eingehend darzuthun versucht wurde, die Fixierung des Begriffes: subjectives Recht überhaupt nicht anders möglich ist, als auf dem Wege über die Pflicht.

Mit dieser theoretischen Forderung stimmt auch das practische Verfahren überein. Ob ein Dürfen subjectives Recht genannt werden darf, kann aus dem Gesetze überhaupt nicht entnommen werden. Auch wenn man das dem subjectiven Rechte wesentliche Merkmal des Könnens heranzöge, würde man nicht zum Ziele kommen. Ein Testament zu errichten, eine Ehe zu schliessen ist gewiss rechtliches Können, keineswegs aber ein subjectives Recht. Denn das diesen Begriff constituierende Merkmal Können ist immer nur Können einem Anderen, eben dem Verpflichteten, gegenüber. Man muss sich also schliesslich doch wieder auf die Pflichtseite begeben, wenn man entscheiden will, ob eine „erlaubte" Handlung, deren Setzung Rechtsfolgen nach sich zieht, Ausfluss eines subjectiven Rechtes ist. Zudem gebraucht der Gesetzgeber heute wie zu Zeiten der Römer das Wort Recht in den verschiedensten Bedeutungen; er spricht von „Wahlrecht", „Recht" der freien Meinungsäusserung, von „Recht und Pflicht" des Vormundes, indem er sich damit — völlig zutreffend — der Redeweise des Volkes anpasst. Es kann daher aus dem Wortlaute des Gesetzes nicht abgeleitet werden, ob irgendwo ein subjectives Recht in technischer Bedeutung vorliege. Sehr wohl ist dagegen — von etwaigen singulären Interpretationsschwierigkeiten abgesehen — aus dem Gesetze zu entnehmen, ob und wann eine Pflicht vorliegt.

Auch practisch also kommt — und hiermit ist der zweite practische Gesichtspunkt gegeben, (siehe oben S. 138 f) — der Pflichtseite die grössere Bedeutung zu, und es bewährt sich die Auffassung: das Recht ist — in seiner einfachsten, für das ganze Rechtsgebiet geltenden Gestalt — der Reflex der Pflicht.

Ist nun die Pflicht wesentlich Motiv, geistige Function im Verpflichteten, so ist Pflicht in des Wortes strenger Bedeutung

stets höchstpersönliche Pflicht. Die sogenannten Pflichten von Unzurechnungsfähigen, von juristischen Personen sind bereits complicierte Rechtsgebilde, die erst eine eingehende analytische Betrachtung begrifflich zu erfassen vermag.

Soll sich die Rechtsbeziehung in ihrer einfachsten Gestalt ergeben, so müssen die complicierten Phänomene erst auf die einfachsten, zunächst allein begreiflichen Beziehungen zurückgeführt, reduciert werden. Erst die Reductionsmethode wird der Erkenntnis gerecht, dass das Recht in Beziehungen zwischen einzelnen Menschen besteht.

Desgleichen muss auch die active Seite der Rechtsbeziehung auf den einfachsten Thatbestand zurückgeleitet werden. Das „Recht" einer juristischen Person, das „Eigenthumsrecht" u. s. f. kommen zunächst mit der relativen Natur alles Rechtes in Conflict. Eine juristische Person, als Einheit gedacht, ist eine Abstraction, denn sie steht nicht neben den Menschen und den Sachen; und das dingliche Recht scheint zunächst eine Beziehung zu einer Sache zu sein. Fasst man die juristische Person, wie etwa A. Merkel, schlechthin als eine „reale Lebenseinheit" auf, dann dürfte es schwierig sein, sie als möglicherweise verpflichtet hinzustellen; denn nur im einzelnen Menschen ist ein geistiges Geschehen denkbar. Und fasst man das Eigenthumsrecht als etwas durchaus Unauflösliches, Einheitliches auf, dann ist es z. B. nicht möglich, von einem „Nothrechte" zu reden. Denn besteht das Nothrecht — wie die herrschende Meinung annimmt — darin, dass sich der Eigenthümer die „Einwirkung auf die Sache" gefallen lassen muss (D. B. G. B., § 904), dann kann das Eigenthum nicht mehr als principiell absolutes Recht, das man mittels Analyse nicht antasten dürfte, angesehen werden. Und wie sollte doch die Eintheilung in absolute und relative Rechte eine principielle sein, die sich auf die letzten realen Bestände bezieht, wenn alles Recht wesentlich relativer Natur ist? Und wenn sich, wie dargethan, alle Rechtsbeziehungen in letzter Linie in obligatorische Beziehungen auflösen, wie sollten dann die dinglichen Rechte im System neben den obligatorischen stehen können? Nur als specielle Art der Gattung relative Rechte könnte es absolute Rechte geben, und nur als specielle Art der Gattung obligatorische Rechte könnte es dingliche Rechte geben.

Solche Auflösung ist für das System, das feststehender Grundbegriffe nicht entbehren kann, unbedingt nöthig. Es hätte ein wissenschaftliches Chaos zur Folge, wollte man mit Bekker (Pandekten, I. Band, Seite 49) den Begriff des subjectiven Rechtes gleichsam nur von Fall zu Fall feststellen. Solches Verfahren könnte

speciell das Problem der Rechtswidrigkeit nie lösen. Denn wie sollte dieser Begriff festgestellt werden, wenn der des subjectiven Rechtes nicht fixiert ist? Stellt man sich z. B. das Eigenthumsrecht als ein streng einheitliches, unzerlegbares Recht vor, so könnte wenn auf die in fremdem Eigenthum stehende Sache gegen den Willen des Eigenthümers eingewirkt würde, solche Einwirkung immer nur rechtswidrig sein. Denn sie erfolgte dann eben „wider ein subjectives Recht". Darnach würde aber, wer von Nothrecht spricht, sich einer contradictio in adiecto schuldig machen. Ein rechtswidriges Recht kann es vernünftiger Weise nicht geben.

Die formale Rechtstheorie hat mithin an dem Satze festzuhalten: Das ganze Recht besteht in einem System von Beziehungen zwischen einzelnen Menschen.

In jeder solchen Beziehung steht ein Berechtigter einem Verpflichteten in der Weise gegenüber, dass er einen Anspruch darauf hat, dass der Verpflichtete eine Handlung setze oder unterlasse. Handlung und Unterlassung des Verpflichteten sind hierbei nicht etwa von der psychophysischen Seite, als „Muskelinnervation" u. dgl., sondern von dem Gesichtspunkte des Zweckes aus zu betrachten. Einen anderen Gegenstand des Rechtes als eine Handlung oder Unterlassung eines Nebenmenschen des Berechtigten gibt es nicht. Berechtigt sein heisst ja nichts, als in einer bestimmten Beziehung zu Menschen stehen. (Treffend Kierulff, Theorie, Bd. I, S. 308.)

Man pflegt den obligatorischen Rechten im Gegensatz zum dinglichen Rechte eine „Spannung" zu vindicieren, womit man darauf anspielt, dass der Forderungsberechtigte eine Handlung oder Unterlassung des Schuldners erwarte, also in die Zukunft blicke. Da das Recht andere Interessen gar nicht schützt, als Interessen an Handlungen oder Unterlassungen von Menschen, stellt jede Rechtsbeziehung, auch im Bereiche des dinglichen Rechtes, ein Spannungsverhältnis dar. Treffend sagt Thon (Rechtsnorm, 197): „Ein jeder Imperativ will das künftige Verhalten der Normunterworfenen bestimmen und sonach auf die Zukunft wirken. Insoferne kann man sagen, dass absolut jedem Rechte eine gewisse Spannung auf die Zukunft innewohnt, mag ihm ein »Du sollst« oder ein »Du darfst nicht« entsprechen."

Die gegebene Begriffsbestimmung des subjectiven Rechtes lässt manche Merkmale vermissen, die in der Literatur vielfach als wesentlich gelten.

1. Der Berechtigte braucht nicht Träger eines rechtlich relevanten Willens zu sein. (Darin liegt der wichtige psychologische

Unterschied von Recht und Pflicht.) Ein Säugling etwa bedarf keiner Vertretung, um das Recht darauf zu haben, dass ihn ein Anderer nicht tödte. Recht ist, wie betont, nicht ein „Wollendürfen" oder ein „Handelndürfen" und auch nicht ein Können in dem Sinne, dass eine Action hierzu erforderlich wäre. Der Berechtigte kann völlig passiv sein. Das „Recht" — sagt Sjögren, Jahrb. f. Dogm., Bd. XXXV, S. 380 — „ist nicht die Macht in Bewegung, sondern in Ruhe." Damit ist das Willensdogma überwunden. (Vgl. hierüber bes. Bernatzik, Archiv für öff. R., Bd. V.)

2. Der Berechtigte braucht daher auch nicht dispositionsfähig zu sein, noch auch bedarf es, damit der Handlungsunfähige Rechtsträger sein kann, eines seine Handlungsunfähigkeit ergänzenden Vertreters. Bedürfte er dessen, so wäre jeder Mensch in dem Momente vogelfrei, wo er etwa infolge plötzlicher Sinnesverwirrung handlungsunfähig wird, solange ein Vertreter für ihn noch nicht bestellt ist.

3. Es ist besonders im Privatrechte herrschende Ansicht, dass man, wenn ein Interesse geschützt erscheint, um deswillen allein noch nicht von einem subjectiven Rechte sprechen darf. Es muss zum „nackten Normenschutz" nach dieser Ansicht noch Etwas hinzutreten, sei es Klagbarkeit oder Verzichtbarkeit oder Uebertragbarkeit oder dgl. Ja Oertmann (Jahrb. f. Dogm., Bd. XXXI, N. F., Band XIX, 1892, S. 441 f.) bezeichnet es geradezu als „Farce", von einem Rechte zu sprechen, „so lange weder die Entstehung noch die Aufhebung desselben vom Willen der »Berechtigten« abhängt . ." Es fällt aber auf, dass die civilistischen Schriftsteller selbst durchaus nicht darüber einig sind, was sich zu dem „nackten Normenschutz" gesellen muss, damit er zum Rechte „ausgeprägt" erscheine.

Gegen die Einführung des Merkmales der Verzichtbarkeit spricht, dass damit zahlreiche öffentliche Rechte darnieder fallen würden. Und sollte wirklich ein Recht, das so wichtig ist, dass der Staat einen Verzicht nicht zulassen kann, um deswillen weniger als ein Recht sein? Wäre weiters die Verkehrsfähigkeit ein Begriffsmerkmal des subjectiven Rechtes, so könnte es höchstpersönliche Rechte nicht geben. Nimmt man ferner, wie Jhering und Thon (Rechtsnorm, S. 156) die Klagbarkeit im eigenen Interesse des Klagenden in den Begriff auf, dann könnte eine lex imperfecta Rechte nicht begründen — eine Consequenz, die Thon in der That zieht (Rechtsnorm, S. 121). Hierbei wird aber, wie betont, übersehen, dass die Pflicht in ihrem Begriffe von der besonderen

Art ihrer Auferlegung, d. h. von der Gestalt der Sanction unabhängig ist.

Gerade im Gegensatz zu Jhering und Thon und allen denen, die, offenbar im Banne des römischen Actionenrechtes stehend, den „Selbstschutz des Interesses" (Jhering, Geist, Bd. III, I. Abth., 3. Aufl., S. 339) zum Criterium des subjectiven Rechtes machen, sagt Sohm (Grünhut, Bd. IV, S. 457 f.): „So verbreitet die Ansicht ist, welche die Actio im materiellen Sinne, das »Recht zu klagen«, für einen Bestandtheil des Privatrechts . . . erklärt, so entschieden beruht sie auf einem Irrthum", wogegen sich Thon (Rechtsnorm, S. 245) mit den Worten wendet: „Aus dem Begriffe des privaten Rechtes sucht Sohm gerade das auszuscheiden, was mir als das Wesentliche eines jeden subjectiven Rechtes gilt."

Und wofern die Schriftsteller darüber einig sind, dass das Klagerecht, bezw. „der Anspruch" im Sinne Thons (der weitere Begriff, der das Klagerecht als engeren enthält, Rechtsnorm, S. 257) zum subjectiven Recht gehöre, streiten sie darüber, ob dieses Klagerecht wesentlich darin bestehe, dass dem Berechtigten die alleinige Initiative überlassen ist, wie etwa Thon meint, oder ob es genügt, dass ihm überhaupt die Möglichkeit eingeräumt ist, den Zwangsapparat des Rechtes gegen den Verpflichteten in Bewegung zu setzen.

Während Thon offenbar meint, dass das Klagerecht ausschliesslich dem eigenen Interesse des Berechtigten diene (Rechtsnorm, S. 218), sagt Jhering (l. c., S. 346): „Dass der Kläger nicht ausschliesslich sein persönliches Interesse, sondern in und mit demselben zugleich das allgemeine verfolgt, steht der Annahme eines Rechts nicht entgegen". Jhering sieht sich zu diesem Satze gedrängt, weil er die Destinatäre einer Stiftung als „Rechtssubjecte" ansieht, kommt dabei aber offenbar in Conflict mit dem Satz (l. c., S. 339): „Die Polizei- und Criminalgesetze schützen uns, aber nicht in Form eines uns zustehenden Rechtes". Wer einen Dieb beim Strafgerichte anzeigt, handelt doch gewiss im eigenen und im allgemeinen Interesse. Jhering gesteht jedoch selbst zu, dass er die Möglichkeit des Klagens nur dem subjectiven Privatrechte vindiciert (l. c., S. 339).

Wie immer man nun auch den Begriff des subjectiven Privatrechtes festlegen will: Daran muss stets festgehalten werden, dass vorerst der Begriff des subjectiven Rechtes überhaupt fixiert werden muss. Und dass dieser allgemeine Begriff sehr einfach sein muss, geht schon daraus hervor, dass er eben auch die Grundlage bildet, auf der das subjective öffentliche Recht aufgebaut wird.

Gewiss aber kann man das private vom öffentlichen Recht nicht in der Weise abgrenzen, dass man die Existenz des subjectiven Privatrechtes von dem Willen des durch die Norm Geschützten abhängig macht, wie dies Oertmann (l. c., S. 441 f.) zu thun scheint. Denn nicht nur die Strafgesetze, sondern auch die bürgerlichen Gesetze gewähren „Rechtsschutz" „ohne Zuthun der Berechtigten". „Auch den Privatanspruch erhält der Einzelne ungefragt durch die Rechtsordnung zugesprochen" (Thon, Rechtsnorm, 150). Wieso aber Thon angesichts dieses Zugeständnisses die Möglichkeit der Entstehung subjectiver Rechte aus strafrechtlichen Normen mit der Begründung leugnet: dieser Schutz sei „rein publicistischer Art. Er wird dem Inhaber des Guts auch ohne dessen Willen zu Theil" (S. 146), ist nicht klar. Uebrigens könnte ein Willensunfähiger gar keine Rechte haben, wäre das Berechtigtsein vom Willen des Subjectes abhängig.

Mit dem Momente der Dispositionsmöglichkeit fällt auch — wenigstens sofern man vom speciellen privaten subjectiven Recht absieht — die Schwierigkeit hinweg, die Bekker (Jahrb. für Dog., XII. B., S. 127) dahin zuspitzt: „Jedes Recht braucht und braucht nur Verfüger und Geniesser; es kann dieser und jener zeitweilig entrathen, aber der definitive Verlust der einen wie der andern zieht den Untergang des Rechtes nach sich. Verfüger und Geniesser können dieselben, es können verschiedene Personen sein; in diesem zweiten Falle erwacht der Zweifel, ob die Verfügung oder der Genuss als für die Rechtssubjectivität massgebend anzunehmen sei". Zum Begriffe des subjectiven Rechtes im weitesten Sinne, das für das ganze Rechtgebiet gelten soll, gehört weder die Fähigkeit zu „verfügen", noch auch die Fähigkeit, handelnd zu „geniessen". Wie der Zustand rechtlich zu qualificieren ist, wenn, trotz dem zeitweiligen Fortfalle des Subjectes, das Recht — angeblich — bestehen bleibt, ist hier nicht auszuführen.

Es entfällt ferner das Merkmal der „Uebertragbarkeit" und der „Verwandelbarkeit" des Rechtes. Dass die Ausdrücke, ein Recht werde „übertragen", ein Recht werde „geändert", „verwandelt" bildliche Ausdrücke sind, deren Verwendung darin gründet, dass man sich das subjective Recht als ein körperliches Ding denkt, bedarf keiner Erläuterung.

Ein Recht wird „übertragen", heisst richtigerweise nur: der Berechtigte setzt (allein oder im Vereine mit Anderen) Handlungen, welche bewirken, dass die Imperative, welche bisher seinen Schutz bezweckten, nunmehr zu Gunsten des „Rechtsnachfolgers" ergehen. Heisst Berechtigtsein: in Beziehung stehen, so kann Rechtsüber-

tragung nur bedeuten: Statt des einen Menschen steht nun ein anderer in inhaltlich gleicher Beziehung. Von einer formellen Identität der Rechte verschiedener Subjecte kann nicht die Rede sein. Die Beziehung, in der A steht, ist formell allemal eine andere, als die, in der B steht, so wahr A und B nicht identisch sind.

Dass auch von einer „Verwandelbarkeit" des subjectiven Rechtes in seiner einfachsten Gestalt nicht gesprochen werden kann, ist klar. Denn mit dem Inhalt der Beziehung, dem Gegenstande des Rechtes, ändert sich das Recht selbst (siehe hierüber noch § 19).

4. Die Begriffsbestimmung vermeidet endlich die weitgehenden Consequenzen des „Zweckdogmas", denen man so schwer entfliehen konnte. Die grösste Schwierigkeit, die die Jhering'sche Definition (Recht ist das rechtlich geschützte Interesse) bereitet, liegt darin, dass damit der Kreis der Rechtssubjecte so weit ausgedehnt wird, dass man mit offenkundigen Thatsachen sowohl, als auch mit zweifellos richtigen wissenschaftlichen Erkenntnissen in Widerspruch geräth. So wären nach ihr z. B. — wie auch Jhering (Geist, III, 1, Abth. 3, A. S. 343 ff.) nicht leugnete — die Destinatäre einer Stiftung Rechtssubjecte. Und es kann kaum völlig befriedigen, wenn Jhering den Einwand, dass nach seiner Auffassung auch Thiere als Rechtspersonen bezeichnet werden müssten, mit den Worten zurückzuschlagen versucht (l. c., S. 343): „Entfernt man sich einmal von dieser Grundidee des Rechts, die in dem Satz, dass lediglich der Mensch der Destinatär, das Bestimmungssubject der Rechte ist, ihren Ausdruck findet, so trifft der Unfug mit dem Personificieren gar keine Grenze mehr." Es fragt sich eben, ob diese „Idee" nicht vielleicht doch auf einer anderen, einer wahrhaften Grundidee ruht.

Die gegebene Begriffsbestimmung schränkt den Kreis der Rechtssubjecte nach zwei Richtungen ein:

a) Wenn nur der Träger eines vom Rechte unmittelbar geschützten Interesses als Rechtssubject anerkannt wird (siehe oben S. 148), so hat man nicht nöthig, die einheitliche „juristische Person" als Rechtssubject zu negieren und zu den einzelnen Menschen herabzusteigen, die erst in ihrer Vereinigung das vom Rechte geschützte „Gemeininteresse" constituieren. Der Analyse, die die einzelnen Beziehungen aufsucht, die in ihrer Zusammenfassung die Beziehung ergeben, in der die juristische Person steht, muss die Synthese folgen, soll die juristische Person als solche nicht geleugnet werden. So wenig es angeht, eine Actiengesellschaft als eben so viele Wirtschaftssubjecte anzusehen, als Actien oder Actieninhaber bestehen, so wenig geht es an — vorausgesetzt, dass man sie überhaupt als juristische Person erfassen will —, in ihr nach diesem

Theilungsschema eine Mehrheit von Rechtssubjecten zu erblicken, die man als „wahre Rechtssubjecte" bezeichnet. Wie misslich wäre es auch, die Rechtssubjecte in „wahre, eigentliche" und „uneigentliche" einzutheilen!

Mit der Einführung des Momentes der Unmittelbarkeit des Interessenschutzes entfällt auch die Confundierung von Rechten und s. g. Reflexrechten. Dem Schuldner gegenüber ist nur sein Gläubiger, nicht etwa auch der Gläubiger dieses Gläubigers Rechtssubject; und nur der Inhaber der servitus altius non tollendi, nicht auch sein Nachbar, sollte dieser hiedurch noch so sehr profitieren, ist Subject des Rechtes.

b) Die zweite wesentliche Beschränkung besteht darin, dass ein Recht — vermöge der Untrennbarkeit der Correlation — nur angenommen wird, wenn eine Pflicht gegenübersteht. Damit sind alle die „Rechte" ausgeschieden, die lediglich in einem „Wollendürfen", „Handelndürfen" bestehen. So ist auf Ausübung der Nothwehr nicht etwa ein subjectives Recht gegeben. Der Angreifer hat keineswegs die Pflicht, sich tödten oder verstümmeln zu lassen. Wenn er den tödtlichen Streich des Wehrenden pariert, handelt er nicht rechtswidrig.

5. Die Begriffsbestimmung stellt dasjenige als subjectives Recht hin, was in der Literatur gemeiniglich als „Anspruch" bezeichnet wird, ein Wort, das allerdings in verschiedenen Bedeutungen gebraucht zu werden pflegt. (Thon unterscheidet beispielsweise 2 Bedeutungen; Rechtsnorm, 226 ff.)

Man versteht unter Anspruch entweder den Theil eines Rechtes, insbesondere des dinglichen Rechtes, indem man sagt: Das dingliche Recht besteht aus „Ansprüchen" gegen Alle (herrschende Ansicht) — die Ansicht, wonach sich das dingliche Recht gegen Niemanden richtet, übersieht die Relationsnatur des Rechtes —, oder man lässt es zum „Anspruch" werden, sobald es eine „Richtung gegen eine bestimmte Person" nimmt. Da solche Beziehung zu einer bestimmten Person erst eintritt, wenn eine Verletzung stattgefunden hat — die Drohung einer Verletzung wird in der Literatur im allgemeinen nicht in Anschlag gebracht —, so erscheint es selbstverständlich, den Anspruch aufzufassen als die „Realisierung des Schutzes" (Thon). Darnach erscheint dann das „Recht" als das potentielle, das im Anspruch „actuell" wird. Wer hiebei an der Relationsnatur des Rechtes festhält, gelangt mit Thon (l. c., S. 151) zu dem merkwürdigen Resultat, dass das Recht erst entsteht, wenn es verletzt ist. Nach der hier gegebenen Bestimmung des Begriffes subjectives Recht würde, wollte man sich der Auffassung Thon's zu-

neigen, das Recht erst entstehen, wenn es nicht mehr besteht. Dieser eigenthümlichen Auffassung kann man dadurch nicht ausweichen, dass man statt des subjectiven Rechtes das „Rechtsgut" substituiert. Dies ergibt sich aus dem Satze: „Das Leben, die Freiheit, die Ehre u. s. f. haben, insoweit sie durch das Strafgesetz geschützt sind, den Character eines Rechtsgutes nur wenn und soweit sie durch Normübertretung verletzt (!) werden" (Sjögren, Jahrb. für Dogm., Bd. XXXV, S. 377).

Die principielle Frage dreht sich nun darum, ob es gerecht fertigt ist, zu sagen: Das dingliche Recht besteht aus Ansprüchen, oder ob man sagen muss: es besteht aus Rechten.

Wer das dingliche Recht aus Ansprüchen bestehen lässt und erst den Complex dieser Ansprüche als Recht bezeichnet, hat das Recht verwirkt, von obligatorischen Rechten zu sprechen. Wenn einem Eigenthümer von einem Menschen mit der Verletzung seiner Sache gedroht wird, dann hat der Eigenthümer — und darin besteht ja sein Eigenthumsrecht — das Recht darauf, dass sich der Drohende der Verletzung enthalte. Dieses Recht ist unbestreitbar ein obligatorisches Recht, denn es ist das Recht auf Unterlassung seitens eines Anderen, gerichtet gegen einen bestimmten Menschen. Wer dieses obligatorische Recht einen „Anspruch" nennt, muss jedes obligatorische Recht einen Anspruch nennen. Nach dieser Auffassung könnte man nur von dinglichen, bezw. absoluten Rechten sprechen. Alle anderen Rechte wären nur Ansprüche. Nennt man aber diese Ansprüche „Rechte", dann geräth man scheinbar in die Schwierigkeit, dass man die dinglichen, ja alle absoluten Rechte leugnen muss. Dieselbe Schwierigkeit hat sich bereits daraus ergeben, dass, wie festgestellt, das subjective Recht immer obligatorisches Recht ist, und dass es bedenklich ist, die Rechte in absolute und relative Rechte einzutheilen, wenn alle Rechte relativer Natur sind, d. h. in Beziehungen zwischen einzelnen Menschen bestehen.

Ist es nun schon bedenklich, den Begriff des subjectiven Rechtes, bezw. den des „Anspruches" — bewusst oder unbewusst — so zu fassen, dass alle nicht absoluten Rechte nicht mehr Rechte, sondern Ansprüche sind, so erscheint es beinahe absurd, das Recht erst entstehen zu lassen, wenn es verletzt wurde. Ist das Recht reale Macht, und besteht der Interessenschutz darin, dass dem Interesse nicht zuwidergehandelt wird, dann ist das Recht nicht vor der Verletzung potentiell und nachher actuell, sondern es ist dann actuell, wenn eine Verletzung überhaupt nicht eintritt. Wenn das Recht, reale — wenn auch nur generelle, d. h. sich nicht ausnahmslos, aber doch regelmässig durchsetzende — Macht ist, und wenn es in dem

psychischen Drucke besteht, der auf den Verpflichteten geübt wird, und der diesen von pflichtwidriger Bethätigung abhält, dann ist das Recht am meisten actuell, d. h. dann wirkt es eben der Absicht des Gesetzgebers gemäss und ist es Interessenschutz, wenn es actuell im Sinne der gegnerischen Ansicht gar nicht wird.

Die Beziehung, die zwischen Berechtigtem und Verpflichtetem mit der Verletzung eintritt, ist eine wesentlich andere, als die vor der Verletzung gegeben war. Und das Interesse des Berechtigten, welches durch das Gebot oder Verbot an den Verpflichteten geschützt wird, ist ein wesentlich anderes, als das nach der Verletzung besteht.

Der dinglich Berechtigte hat vor der Verletzung ein Recht darauf, dass der Verpflichtete etwa seine Sache nicht nehme. Die Beziehung ändert sich mit der Wegnahme. Denn nun hat der Eigenthümer ein Recht darauf, dass der Verpflichtete die Sache zurückgebe. Aus der negativen Obligation ist eine positive geworden; aus dem Interesse am Nichthandeln wurde ein Interesse am Handeln. Vor und nach der Verletzung ergehen also auch wesentlich andere Imperative. Es erhebt sich also die Frage: Was berechtigt, diese vor und nach der Verletzung gegebenen verschiedenen subjectiven Rechte zu einer Einheit zusammenzufassen und diese als ein subjectives Recht auszugeben? (siehe unten § 19).

Trotz den nunmehr, wie es scheint, gegebenen Vereinfachungen erheben sich noch 3 Bedenken gegen die hier versuchte Begriffsbestimmung des subjectiven Rechtes:

1. Wenn immer schon dann ein subjectives Recht vorliegen soll, wenn jemand einem Anderen rein negativ verpflichtet ist, eine „Störung" zu unterlassen, so scheint eben der Begriff des subjectiven Rechtes übermässig weit gefasst. Ist dann nicht etwa auch die Befugnis zu essen, zu schlafen, spazieren zu gehen, ein subjectives Recht?

Man muss vor allen Dingen stricte daran festhalten, dass innerhalb einer Rechtsbeziehung stets genau dieselbe Handlung oder Unterlassung den Gegenstand des Rechtes und den der Pflicht bildet. Man darf nicht sagen: der Berechtigte hat das Recht zu essen, zu schlafen, der Verpflichtete hat das Recht, ihn hierin nicht zu stören. Der Pflicht, nicht zu stören, kann immer nur das Recht correspondieren, nicht gestört zu werden.

Solche Störung nun könnte nur eine geringfügige oder eine intensive sein. Ist sie geringfügig, so wäre das Interesse an ihrem Unterbleiben nicht derartig entwickelt, dass man es als ein Durchschnittsinteresse bezeichnen könnte. Das Interesse etwa, das man

daran hat, dass die Leute auf der Strasse entsprechend ausweichen, kann eben seiner Geringfügigkeit halber als ein des Rechtsschutzes bedürftiges nicht angesehen werden. In der That wird auch gegen derartige Störung Rechtsschutz nicht gewährt. In solchen Fällen fehlt mithin das jedem subjectiven Rechte begriffswesentliche Substrat des Durchschnittsinteresses.

Ist die Störung dagegen eine intensive, so wird unabhängig davon, welche Handlung der Berechtigte eben vornimmt, Schutz gegen sie gewährt. Ob der Berechtigte etwa isst oder schläft oder sich ergeht, wenn er pflichtwidrig festgehalten oder eingesperrt wird, ist gleichgiltig. Alle derartigen Verpflichtungen, auf die Person des Berechtigten nicht einzuwirken, sind bereits in dem Schutze des Interesses an der „persönlichen Freiheit" oder, besser gesagt, des Interesses an der Unterlassung von Eingriffen in die Freiheit enthalten.

(Was speciell das dingliche Recht betrifft, hat bereits Thon [Rechtsnorm, 170] sehr zutreffend hervorgehoben, dass die Verbote, die das dingliche Recht constituieren — wenn sie es vielleicht auch nicht erschöpfen — nicht lauten: „Du sollst nicht stören", sondern „Du sollst nicht ohne den Willen des Berechtigten die Sache geniessen", oder — noch allgemeiner ausgedrückt, da man kaum als „Geniessenden" bezeichnen kann, wer die Sache z. B. boshafterweise beschädigt —: Du sollst nicht ohne den Willen des Berechtigten auf die Sache einwirken.)

Der Vorwurf einer übermässigen Ausdehnung des Kreises der subjectiven Rechte kann mithin nicht platzgreifen. Insbesondere kann von einem „Rechte spazieren zu gehen" (Schuppe) oder einem „Rechte der Redefreiheit" (Frenzel) nicht gesprochen werden.

2. Man hat in der Literatur, scheinbar gerade im Gegensatz zu der hier betonten Relativität alles Rechtes, behauptet, alle Rechte seien in gewisser Hinsicht absolut (Neuner, Privatrechtsverh., S. 70 ff., v. Liszt, Deliktsoblig., S. 21). Man muss sich hier vor Missverständnissen in Acht nehmen. Wenn z. B. v. Liszt über die obligatorischen Rechte sagt: „Auch sie geniessen »absoluten Schutz« gegen jeden Eingriff, der von dritten Personen ausgeht. Wer mich durch Betrug bestimmt, ein mir zustehendes Forderungsrecht ohne entsprechende Gegenleistung an ihn abzutreten . . . . . haftet nach § 823, I.", so ist das vollkommen zutreffend. Man dürfte aber nicht — und das hatte v. Liszt auch gewiss nicht im Auge — sagen: Der Forderungsberechtigte hat dieses sein Forderungsrecht Allen gegenüber. Sondern er hat es nur seinem Schuldner gegenüber.

Neben diesem Forderungsrecht hat er gegen Jeden, der seinem Interesse an der Rückzahlung des Darlehens — oder welches Interesse immer bestehen möge — zuwiderzuhandeln disponiert ist, das Recht, an seinem Vermögen nicht geschmälert zu werden.

Unzutreffend ist es, jedem Rechte ein weiteres Recht des Inhaltes zuzugesellen, dass jeder Dritte das Recht „anerkenne". Gegen diese überflüssige und sehr verwirrende Aufstellung von Rechten hat sich Thon (Rechtsnorm, S. 208, besonders Note 34) in trefflichen Ausführungen gewendet, auf die hier zu verweisen gestattet sei.

3. Schliesslich könnte noch eingewendet werden, dass, wenn das Recht nichts als der Reflex der Pflicht, der Normenschutz ist, der Träger des Rechtes also keinerlei bestimmter Qualification bedarf, nichts im Wege stehe, auch Thiere, ja vielleicht sogar leblose Sachen als Rechtssubjecte zu bezeichnen. Solch weitgehende Folgerungen wurden denn auch — in engerem oder weiterem Ausmasse — von verschiedenen Schriftstellern gezogen (Bekker, Jahrb. für Dogm., Bd. XII, Böcking, Pandekten, 2. Aufl., I, S. 231, v. Canstein, Grünhut, Bd. IX, S. 463 f.).

Es wäre verfehlt, sich gegen den Einwand auf das bekannte Dictum Hermogenian's zu berufen: hominum causa omne jus constitutum est. Derartige rationalistische Aufstellung kann als wissenschaftliches Argument nicht verwertet werden. Auch der Hinweis auf die Nothwendigkeit der Correlation in dem Sinne, dass Rechte nur haben könne, wer auch Träger von Pflichten sein kann (Jung, Delikt 162), kann nicht genügen. Könnte doch nach solcher Auffassung ein unheilbarer demens keine Rechte haben. Wichtiger scheint die Erklärung Gierkes (Genossenschaftstheorie, S. 23): „Nach unserer heutigen Rechtsanschauung sind ausschliesslich die Träger menschlicher Willensmacht zu Rechtssubjekten geeignet. Mithin kann das Recht vernünftigerweise und mit Aussicht auf Erfolg nur menschliche Individuen und menschliche Verbände als Personen anerkennen." Sieht man davon ab, dass Gierke die „Willensmacht" als den Kern der Rechtssubjectivität ansieht — eine Auffassung, die mit der Rechtspersönlichkeit der dementes gleichfalls in Conflict geräth (was Gierke freilich nicht zugibt) —, so enthält die Stelle wesentlich bloss einen Hinweis auf das Rechtsbewusstsein. Solcher Hinweis dürfte aber vielleicht doch nicht völlig genügen.

Es scheint überhaupt nicht ganz unbedenklich, aus der Thatsache, dass das zu einem bestimmten Zeitpunkte gegebene Rechtsbewusstsein eine gewisse Beschaffenheit aufweist, die rechtlichen Erscheinungen erklären zu wollen, die zu dieser Zeit gegeben sind.

Denn es fragt sich hierbei immer, ob nicht eben dieses Rechtsbewusstsein das Resultat eben dieser Erscheinungen, bezw. der Normen ist, die ihnen zu Grunde liegen. Mit den Gesetzen ändert sich ja, wenn sie eine entsprechende Zeit in Geltung stehen, auch das Rechtsbewusstsein. Denn nicht alle Gesetze, die in Geltung treten, sind ihrem geistigen Gehalte nach dem zur Zeit ihrer Erlassung gerade bestehenden Rechtsbewusstsein conform, ohne dass man sie deshalb schlechthin als ungerecht oder fehlerhaft bezeichnen dürfte. Der Gesetzgeber hat ja die geltenden Anschauungen nicht nur zu berücksichtigen, sondern eventuell auch umzubilden und zu veredeln. Es besteht sonach die Gefahr, dass man, wenn man sich auf das Rechtsbewusstsein beruft, als Grund der Normen ausgibt, was streng genommen ihre Folge ist, so dass man sich eine Erklärung vortäuscht, statt eine Erklärung zu geben (siehe unten § 19).

Zudem handelt es sich nicht darum, zu erklären, warum nicht ein Gesetz erlassen werden soll, das die Thiere zu Rechtssubjecten erhebt. Genug damit, dass es, wie die Betrachtung zeigt, Thatsache ist, dass Thiere Rechtssubjecte nicht sind. Freilich könnte man nun einwenden, dass aus der Erfahrung nicht entnommen werden kann, ob das Thier Rechtssubject ist. Denn es ist ja eine rein theoretische Frage, ob man den Schutz, den manche Thiere in gewisser Hinsicht heute von Gesetzeswegen geniessen, begrifflich derart construiert, dass die Thiere unter die Categorie: Rechtssubject gebracht werden. Es kann aber sehr wohl durch empirische Betrachtung erkannt werden, dass in keinem Falle ein Thier unmittelbar in seinen Interessen geschützt wird. Wenn die Gesetze Thierquälerei verbieten, so schützen sie hiedurch die Interessen der Menschen an dem Wohlergehen der Thiere; besonders deutlich zeigen dies diejenigen Gesetze, welche die Bestrafung der Thierquälerei von der Erregung eines Aergernisses abhängig machen. Und selbst wenn ein Gesetz jegliche Quälerei verböte — consequent wäre solches Verbot allerdings nie durchzuführen; man denke an die Vernichtung schädlicher Insecten, an das Schlachten und Jagen —, so könnte es damit den Zweck verfolgen, im Menschen die grausamen Regungen zu ertödten, die dereinst gegen die Mitmenschen lebendig werden könnten. Und wenn die Gesetze Stiftungen zu Gunsten von Thieren zulassen, so schützen sie damit das Interesse, das der Eigenthümer daran hat, dass seine Thiere nach seinem Tode gepflegt werden.

Gerade weil Thon das Moment des unmittelbaren Interessenschutzes in den Rechtsbegriff nicht aufnimmt, muss er folgerichtig sagen: „Ich bestreite nur, dass der schützende Rechtssatz

ohne Weiteres ein Recht des Geschützten begründe. Sonst müssten wir z. B. auch die Vögel als Gläubiger bezeichnen." Und weil Thon die praeventive Function des einzelnen subjectiven Rechtes übersieht — für das objective Recht wird sie treffend hervorgehoben (Rechtsnorm, 149) — muss er fortfahren: „Das Forderungsrecht muss etwas von dem blossen Normenschutz Verschiedenes sein. Aber es fände sich dann für dasselbe kein Inhalt. Es wäre . . . ein Nichts." (Rechtsnorm, S. 247).

Hiermit scheinen die möglichen Bedenken erledigt zu sein.

Es sei bloss nochmals hervorgehoben, dass die gegebene Bestimmung nicht das subjective Privatrecht, sondern lediglich das subjective Recht überhaupt definieren will, welches das subjective Privatrecht als Artbegriff in sich schliesst. Welches Merkmal zum genus proximum hinzutreten muss, um die species zu constituieren, ist hier nicht zu erörtern. Es soll im II. Bande, bei Besprechung des Unterschiedes von Strafe und Schadenersatz, versucht werden, dieses Merkmal zu bestimmen. Wie betont, ist die Feststellung des Oberbegriffes, des subjectiven Rechtes in seiner einfachsten Gestalt, nothwendig, damit ein Grundbegriff gegeben sei, dessen sich alle Rechtsdisciplinen bedienen können. Erst die Feststellung eines gemeinsamen Grundbegriffes ermöglicht eine fruchtbringende Cooperation. Mit Recht sagt Bernatzik (Archiv f. öff. Recht, Bd. V, S. 204): „Die Bestimmung der Begriffe Recht und Rechtssubject muss sich, soll sie eine richtige sein, auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes, für dessen Behandlung sie die Grundlage aller wissenschaftlichen Betrachtung bildet, ebenso bewähren wie im Privatrechte." Nur übersieht Bernatzik, der eben das Staatsrecht im Auge hat, dass die Aufnahme des Merkmals der Dispositionsmöglichkeit (l. c., S. 233) in den Begriff für das Strafrecht nicht möglich ist.

Zudem wäre es, wie betont, unmöglich, den Begriff der Rechtswidrigkeit in einer für alle Rechtsgebiete geltenden Form aufzustellen, wollte man, wie so vielfach geschieht, in den Begriff des Rechtssubjectes Merkmale aufnehmen, die nur für das Privatrecht oder gar nur für das römische Recht gelten können.

Wie es scheint, ist gerade das Strafrecht die Disciplin, von der aus der Begriff des subjectiven Rechtes festgestellt werden kann. Denn speciell das Strafrecht befasst sich, wie Kessler (Einwilligung, 53 f.) zutreffend hervorhebt, mit den einzelnen Interessen, wogegen das Privatrecht gewöhnt ist, mit ganzen Complexen von Interessen, dem „Eigenthum", dem „Besitz" zu operieren, eine Tendenz, die im „Rechte der Persönlichkeit" — das allerdings auch in Theilen des

öffentlichen Rechtes eine Rolle spielt — zu beredtem Ausdruck gelangt. Gerade diese Gepflogenheit des Privatrechtes, das naturgemäss zunächst stets den Uebergang der Rechte aus der einen in die andere Hand, bezw. das Klagen im Auge hat, erklärt, dass viele Schriftsteller des Civilrechtes abgeneigt sind, die Rechtscomplexe einer Analyse zu unterwerfen, und dass sie die active Seite der Rechtsbeziehung in den Vordergrund stellen.

Auch das Privatrecht aber muss an dem Satze festhalten, dass der Begriff der Pflicht den Mittelpunkt des Rechtssystems bildet; dass stets von der passiven, nicht von der activen Seite auszugehen ist, wenn auch die active Seite in seinem Bereiche eine wichtigere Rolle spielt als in dem des Strafrechtes; dass endlich alles Recht in Beziehungen zwischen einzelnen Menschen besteht, und dass immer nur Interessen an Handlungen und Unterlassungen von Mitmenschen Object des Rechtsschutzes sind.

## § 13. Die Sanction.

§ 13. Die Sanction

Ist das Recht als objective Macht, wie festgestellt, seiner psychologischen Structur nach, Motiv im widerstrebenden Verpflichteten, mithin ein Complex von Normen oder Imperativen, so ist es undenkbar, dass eine Rechtsnorm, die sich im Leben der Menschen als solche bewährt, der Sanction entbehrt. Begrifflich kann die Sanction Drohung oder Verheissung sein. Nur die Drohung schafft, wie betont, eine Pflicht. Die Handlung, die dadurch erzielt wird, dass man Jemandem einen Lohn verspricht, wenn er sie vornimmt, gilt um deswillen nirgends als Erfüllung einer Pflicht.

Der Gesetzgeber statuiert eine Pflicht, indem er unter Hinweis auf die ihm zur Verfügung stehenden Zwangsmittel einen Befehl ertheilt. Die wichtigste Wirksamkeit des Zwangsapparates liegt in seiner Existenz. Das Wesentliche ist dem Gesetzgeber die Abhaltung der Menschen von pflichtwidriger Bethätigung. Alle Sanctionen aller Rechtsgebiete stehen im Dienste der Generalprävention. Darin liegt — neben der in den Tiefen der menschlichen Seele wirkenden Kraft der ethischen Mächte — der Schutz der Interessen. Die subjectiven Mächte lassen ein Widerstreben regelmässig nicht aufkommen. Den Widerstrebenden aber tritt das Recht als objective Macht gewappnet entgegen, damit sie sich hüten, die Interessen der Mitmenschen zu verletzen, wenn nicht die innere Stimme sie davon abhält. Gelingt die Abhaltung durch den sanctionierten Befehl, dann tritt die Sanction natürlich nicht in Wirksamkeit. Man kann also sagen, dass der Gesetzgeber die

Sanctionen aufstellt, damit sie nicht eintreten müssen. Die Realisierung einer Sanction, die Verwirklichung der angedrohten Folge pflichtwidriger Bethätigung, erscheint sonach — denn man darf nie vergessen, dass das Recht begrifflich nur mit der wenigstens regelmässigen Durchsetzung der Befehle, der wenigstens regelmässigen Erfüllung der Pflichten gegeben ist — als etwas Ausnahmsweises, dem Gesetzgeber Unerwünschtes. Wer mithin die Wirksamkeit des Rechtes aus einer Betrachtung des Eintrittes der Sanctionen beurtheilt, der geht von einem nebensächlichen Moment aus. Es ist niemals nach der speciellen Function der Realisierung der Sanctionen zu fragen. Es ist das Problem nicht so zu stellen: Was bewirkt die Naturalrestitution, der Schadenersatz, die Strafverhängung (alle diese Institute hier lediglich als Folgen pflichtwidriger Bethätigung betrachtet)? Sondern es ist zu fragen: Was bezweckt der Gesetzgeber mit der Drohung: „Wenn Du stiehlst, wird Dir das gestohlene Gut abgenommen und dem Eigenthümer zurückgestellt"; „wenn Du beschädigst, wird Dir eine entsprechende Geldsumme abgenommen und dem Beschädigten übergeben"; „wenn Du tödtest, wirst Du geköpft"?

Die Betrachtung hat sich immer auf den Standpunkt des Gesetzgebers zu stellen; denn das Recht als objective Macht — und dieses kommt ja für die formale Construction allein in Betracht — ist das Product des zweckbewusst normierenden Gesetzgebers. Und soll ein Vorgang, der die Emanation eines zweckstrebenden Willens ist, begrifflich erfasst werden, dann ist allemal nach dem Zwecke des Handelnden zu fragen, nicht darnach, welche Wirkung die Willensäusserung im einzelnen Falle, bezw. der völlig nebensächliche und singuläre Eintritt einer Sanction übt. Solche Frage würde übersehen, dass das Recht als sociale, generelle Macht in seiner Totalität, nach seiner Wirkung auf die ganze Rechtsgemeinschaft beurtheilt werden muss, nicht aus der Betrachtung einzelner, zunächst nicht wesentlicher Erscheinungen. Zumal in der criminalistischen Literatur wird nur zu häufig übersehen, dass man in erster Linie nicht nach dem Zwecke der Strafe, sondern nach dem des Strafgesetzes zu fragen hat.

Nur solche Betrachtung macht die Synthese möglich, welche die verwirrende Fülle der Einzelheiten unter einen allgemeinen Gesichtspunkt zu stellen erlaubt.

Fasst man alle Folgen rechtspflichtwidriger Bethätigungen — und alle anderen Rechtsfolgen, wie Haftung ohne Verschulden u. dgl. sind hier natürlich auszuscheiden — als Sanctionen auf, dann sammeln sie sich alle unter dem Gesichtspunkt: Vollzug

der Drohung des Rechtsgesetzgebers, mögen sie dem Strafrechte oder dem Privatrechte oder welchem Rechtsgebiet immer angehören. Und nunmehr ist es möglich, den Gesichtspunkt zu erweitern, indem man auch die von den übrigen ethischen Mächten auferlegten Sanctionen in den Kreis der Betrachtung zieht. Der Drohung mit Naturalrestitution, Schadenersatz, Busse und Rechtsstrafe aller Art tritt die Drohung der Religion mit zeitlicher und ewiger Strafe, der Moral mit der Reue, dem Gewissensbiss, dieser aller und der Sitte mit den missbilligenden Urtheilen der Mitmenschen zur Seite. Sie alle sammeln sich unter dem Begriffe: Bedrohung pflichtwidriger Bethätigung.

Schreitet man endlich über den Kreis der Pflichten hinaus — die als solche eben durch Drohung auferlegt werden —, so sammeln sich unter dem Gesichtspunkt: Vollzug der Drohung und der Verheissung, also der Sanction im allgemeinsten Sinne, alle diejenigen Vorgänge, welche zum Zwecke haben, die Sanction einer Willenskundgebung zu realisieren, mag nun der Gesetzgeber — d. h. die ethischen Mächte — mit Strafe oder Lohn operieren.

Selbstverständlich sind damit die unter einem bestimmten Gesichtspunkt zusammengefassten Erscheinungen begrifflich noch nicht erschöpfend bestimmt. Denn nunmehr handelt es sich darum, sie voneinander abzugrenzen. Was sich bisher ergeben hat, ist die Auswahl derjenigen Erscheinungen, von denen auszugehen ist, und die einer Abgrenzung bedürfen, und das — vom Standpunkt der Rechtsforschung betrachtet — wichtigste Merkmal, das ihnen gemeinsam ist. Auf dieser Grundlage ist die Theorie des Rechtes aufzubauen.

Zuerst ist die Norm ins Auge zu fassen, die die Pflicht begründet. Denn das Recht und alle ethischen Mächte sind, objectiv betrachtet, nichts als Complexe von Normen; die Pflicht ist nicht nur der Centralbegriff des Rechtes, sondern auch der übrigen Mächte.

Die auf Grund des deterministischen Princips: es gibt kein ursachloses Wollen, daher keine unbedingte Pflicht, daher keine sanctionslose Norm, gewonnene Synthese drängt zu der Antwort auf die Frage nach dem Rechtsgrund des Vollzuges aller Drohungen. Man hat nicht nur nach dem Rechtsgrunde der Criminalstrafe zu fragen, sondern ganz ebenso nach dem der Naturalrestitution, des Schadenersatzes nach pflichtwidriger Bethätigung u. s. f. Denn die Auferlegung derselben verfolgt in erster Linie den Zweck, dem Menschen ein Uebel zuzufügen; denn nur ein Uebel kann den Vollzug einer Drohung bilden. Ob die Tausend, die nach pflichtwidriger

Bethätigung zu zahlen sind, als „Geldstrafe" in die Staatscasse oder in einen Fond fliessen, oder ob sie dem Beschädigten zu übergeben sind, ist für den Zahlenden ganz gleichgiltig. Erst auf diesem Boden kann auch die Frage beantwortet werden, wieso der Vollzug der Drohung in manchen Fällen, wie z. B. der Naturalrestitution, des Schadenersatzes, einem bestimmten Menschen zugewendet wird? Wieso für diesen ein „subjectives Privatrecht" auf „Leistung" der Restitution, des Ersatzes erwächst? Was für wesentliche Merkmale müssen — so fragt es sich — zum Begriffe der Strafe im weitesten Sinne, d. h. des Vollzuges der Drohung, hinzutreten, damit sie zur Restitution, zum Ersatz werde? Und welches Merkmal muss hinzutreten, damit sie zur Criminalstrafe, zur Busse u. s. f. werde? Es ist weiter zu fragen: In welcher Rechtsform fügt der Gesetzgeber das Uebel zu? Legt er dem Pflichtvergessenen eine Pflicht auf, das Uebel zu dulden, oder entsteht solche Pflicht nicht? Oder besteht vielleicht das Uebel in der Auferlegung der Pflicht selbst? Ist z. B. der Verbrecher verpflichtet, sich guillotinieren zu lassen? Und wenn er es nicht wäre, wieso kann man dann sagen: er ist „verpflichtet", Entschädigung zu leisten? Wenn Entschädigungspflicht und Criminalstrafe eine gemeinsame Wurzel haben, d. h. eben Vollzug der Drohung sind, dann sollte — so könnte man im ersten Momente glauben — entweder in beiden Fällen Pflicht oder in beiden Pflicht nicht vorliegen. Alle diese Fragen harren noch ihrer Beantwortung.

Immer wieder wendet man gegen Feuerbach ein, dass er den Rechtsgrund der Verhängung, des Vollzuges der Strafe nicht darthun konnte, während man die Berechtigung der Drohung zugibt.

Man übersieht hiebei, dass man consequent nicht nur nach dem Rechtsgrunde der Criminalstrafe, sondern des Vollzuges aller Drohungen, auch der durch die ethischen Mächte auferlegten, ja auch aller Verheissungen fragen müsste. Man übersieht weiters, dass man die Berechtigung des Vollzuges logischerweise nicht mehr in Abrede stellen kann, wenn man die Drohung als berechtigt anerkannt hat. Denn der Vollzug der Drohung ist die logisch nothwendige Consequenz der Drohung, ohne welche die Drohung ihre Existenz als solche einbüssen müsste. Wer daher die Drohung als existent ansieht und als berechtigt anerkennt, geräth in einen Widerspruch mit sich selbst, wenn er die Berechtigung des Vollzuges in Frage stellt. Man kann die Existenz und Berechtigung der Drohung nicht zugleich bejahen und verneinen. Man übersieht endlich, dass es voreilig ist, die Berechtigung der Drohung ab initio zuzugeben, wenn man nicht erst gefragt hat, ob

der Vollzug berechtigt ist; dass man also diejenige Vorsicht der Drohung gegenüber beiseite setzt, die zur Leugnung der Berechtigung des Vollzuges führt. Drohung und Vollzug können ihrer Berechtigung nach nicht gesondert bestritten oder anerkannt werden, denn sie sind logisch miteinander verbunden.

Für das Recht als objective Macht kann es überhaupt die Frage nach der „Berechtigung" der Drohung und des Vollzuges nicht geben. Denn der Begriff der Gerechtigkeit, mit dem die Frage operiert, (welche Frage eigentlich lautet: Von welchem Standpunkt muss ich Drohung und Vollzug betrachten, dass sie mir [subjectiv] als gerecht erscheinen?), ist ein Begriff, der der subjectiven Seite des Rechtes, dem in der Psyche der Menschen mit den religiösen und moralischen Vorstellungen verschmolzenen Rechtsbewusstsein angehört. So wenig man vom objectiven Standpunkt nach der — wesentlich subjectiven — „Berechtigung" der Moral und der Religion und der Sitte fragen kann, so wenig kann man nach einer „Berechtigung" des Gewohnheitsrechtes fragen. Seitdem das Recht in die Sphäre bewusster Satzung getreten ist, hat es nicht aufgehört, Gewohnheitsrecht in dem Sinne zu sein, dass es aus dem Kreise der Rechtsgemeinschaft hervorgeht. Der bewusste Gesetzgeber hat, wie festgestellt wurde, weder die Competenz, noch auch nur die Macht, das bisher geltende Recht nach Belieben aufzuheben oder abzuändern. Soll er „Recht" schaffen, so hat er nur die veralteten Bestimmungen aufzuheben und Normen zu erlassen, die den geänderten Anschauungen und Bedürfnissen Rechnung tragen. Nur im engsten Rahmen kann er Aenderungen an den Gesetzen vornehmen, neue Drohungen aufstellen oder bestehende schärfen. Nur soweit ihm solche Ingerenz auf das Recht zukommt, ist die Frage möglich, ob er berechtigt war, zu drohen. Und die Frage hat nicht nur darnach zu gehen, ob er berechtigt ist, zu drohen, bezw. bestehende Drohungen zu verschärfen, sondern ebenso darnach, ob er berechtigt ist, bestehende Drohungen aufzuheben oder zu mildern. Und diese Frage ist allemal zu bejahen, wenn der Gesetzgeber mit den Aenderungen, die er vornimmt, den Urtheilen und Bedürfnissen der Rechtsgemeinschaft entspricht und dem Schutze der Interessen dient. Es ist nicht zu fragen, ob überhaupt gedroht werden darf, sondern lediglich darnach, ob sich der Gesetzgeber im Bereiche der ihm begrifflich gezogenen Grenzen gehalten hat, d. h. ob er „Recht" geschaffen hat. Ist dann die Berechtigung der Drohung zugegeben, dann kann die des Vollzuges logischerweise nicht geleugnet werden.

Es ist daher nicht zutreffend, die Feuerbach'sche Theorie immer wieder mit dem Einwande zu bekämpfen: „Jedes einzelne zur Ausführung gelangte Verbrechen beweist, dass die Strafdrohung ihren Zweck verfehlt hat, dass sie nicht im stande war, vom Verbrechen abhaltende Motive zu setzen; nicht die Berechtigung des Strafvollzuges, sondern die Nothwendigkeit einer Aenderung der unzweckmässigen Gesetze wird durch das begangene Verbrechen bewiesen."

Stellt man sich auf den allein richtigen Standpunkt, den der Generalprävention, beurtheilt man also das Recht, wie es als generelle Macht beurtheilt werden muss, so ergibt sich, dass, wie die Betrachtung des Rechtslebens zeigt, Verbrechen verhältnismässig selten begangen werden, dass die Strafdrohung im Allgemeinen, regelmässig, von Verbrechen abhält. Dass einzelne Verbrechen begangen werden, beweist nur, dass die Strafdrohung nicht ausnahmslos, sondern eben nur in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle wirkt. Der Gesetzgeber weiss sehr wohl, dass er selbst mit den schärfsten Mitteln eine ausnahmslose Abhaltung nicht erzielen könnte, wie ja jede Begehung von Capitalverbrechen darthut. Der Gesetzgeber könnte aber auch solche einschneidende Aenderung der angeblich „unzweckmässigen" Gesetze nicht statuieren, ohne die Grenzen zu überschreiten, die ihm, soll er „Recht" schaffen, gezogen sind. Denn ihn können nicht lediglich Erwägungen der Zweckmässigkeit leiten. Treffend sagt Lammasch (G. S., Bd. 44, S. 151): „Niemals dürfen wir vergessen, dass das Strafrecht nicht bloss auf seiner Nützlichkeit beruht, sondern ebenso sehr auch auf den Anforderungen des sittlichen Bewusstseins, dass Zweckmässigkeit und Gerechtigkeit der Strafe zwar nicht identische Begriffe . . . sind, aber durchaus nicht Gegensätze, dass vielmehr nur jene Strafe ihren Zweck erreichen könne, welche den sittlichen Werthurtheilen des Volkes entspricht und eben deshalb gerecht genannt wird" — ein Satz, der nicht nur für die Strafe, sondern für jede Folge pflichtwidriger Bethätigung, nicht bloss für das Strafrecht, sondern für das ganze Recht gilt.

Wenn also behauptet wird, dass jedes Verbrechen beweist, dass die Drohung unzweckmässig, weil unwirksam war, und dass sie daher folgerichtig verschärft werden müsste, so ist zu erwidern: Es ist nicht wahr, dass das einzelne Verbrechen beweist, dass das Strafgesetz „unwirksam" war; es beweist dies nur für den — eben unwesentlichen — einzelnen Fall. Denn das Strafgesetz ist wirksam, wenn es auch nur regelmässig abhält. Der Gesetzgeber hat daher keinerlei zureichenden Grund, das Strafgesetz

zu verschärfen, ja er hat nicht einmal die Möglichkeit, zu draconischen Strafen zu greifen, da er „Recht" nur dann schafft, wenn er innerhalb seiner Grenzen bleibt.

Es gibt in der heutigen Literatur des Strafrechtes wohl kaum eine erfreulichere Erscheinung, als die Rückkehr vieler Schriftsteller zum Gedanken der Generalprävention, und sei es auch in der Form des Bekenntnisses zu der — allerdings mit zahlreichen Irrthümern behafteten — Theorie Feuerbachs. Es scheint nicht recht erklärlich, wieso z. B. Binding sagen kann: „Die Strafe soll nicht abschrecken" (Grünhut, Bd. IV, S. 15), oder wie Bierling erklären kann: „Die Bedeutung der Strafdrohung als eines Zwangsmittels zum Rechthandeln steht völlig im Hintergrunde." (Kritik I, 149). Gibt es denn einen einfacheren Schluss, als zu sagen: Wenn die Strafgesetze, bezw. die Gesetze überhaupt bestehen, ereignet sich eine gewisse Zahl von pflichtwidrigen Bethätigungen, die aber nicht verhindern, dass im Allgemeinen Ruhe und Ordnung besteht, und die Interessen der Menschen geschützt sind. Denkt man sich die Rechtsgesetze aufgehoben, so können, wie die Geschichte und alles Nachdenken lehrt, die übrigen ethischen Mächte nicht verhindern, dass eine grenzenlose allgemeine Verwirrung, das bellum omnium contra omnes, eintritt. Folglich wirken die Gesetze, und unter ihnen doch zweifellos auch das Strafgesetz abhaltend. Dass gerade in dieser Abhaltung der Schutz der Interessen liegt, ist klar wie der Tag. Denn wichtiger, als dass ein Schmerzensgeld bezahlt wird, ist, dass die Körperintegrität erhalten bleibt; wichtiger, als dass die Sachen zurückgestellt, und die Diebe eingesperrt werden, ist, dass vorerst nichts gestohlen wird. Nicht das Interesse an der Entschädigung und der Restitution und dem Strafvollzug steht in erster Linie, sondern das Interesse am Unterbleiben der Verletzung und des Diebstahls.

Wer die Function der Rechtsgesetze, zu drohen, leugnet, stellt sonach auch die Function des Interessenschutzes in Abrede, ja es wird damit auch die abhaltende und interessenschützende Function der ethischen Mächte überhaupt geleugnet. Denn in letzter Linie sind auch Diese, wie dargethan, objective Mächte und können, wie der Determinismus lehrt, nur drohend oder verheissend gedacht werden.

Hat man einmal auf Grund des deterministischen Princips, das die Wissenschaft als Denknothwendigkeit nicht abzuweisen vermag, erkannt, dass eine Norm wesentlich aus Willenskundgebung und Sanction besteht, da sie andernfalls zu determinieren unfähig wäre, dann darf man sich in dieser Erkenntnis nicht beirren lassen, wenn man bei manchen Rechtsnormen eine Sanction nicht unmittel-

bar wahrzunehmen vermag. In der That sind nicht alle, sondern nur die allermeisten Normen mit specifisch-rechtlichen Sanctionen ausgestattet, d. h. mit solchen, deren Durchsetzung der mechanische Zwangsapparat des Rechtes dient. Wie bereits betont, bedarf der Gesetzgeber dieses Apparates, um sich auf ihn bei Erlassung der Normen berufen zu können. Aber die Berufung verfolgt gerade den Zweck, ihn nicht in Bewegung setzen zu müssen. Der Vollzug der Drohung ist dem Gesetzgeber durchaus nicht erwünscht, weil er nothwendig in Verletzung von Interessen besteht, die der Gesetzgeber lieber nicht tangiert wissen würde. Der Legislator droht daher eben deshalb, weil er weiss, dass er die Drohung in manchen Fällen in die That werde umsetzen müssen, von vornherein nur insoweit eine specifisch-rechtliche Folge an, als er es für unerlässlich hält. In manchen Fällen bedient er sich der von den übrigen Mächten in Aussicht gestellten Folgen pflichtwidriger Bethätigung, mögen diese Folgen lediglich in der inneren Sphäre als spontan auftretende unerwünschte Empfindungen oder in der äusseren Sphäre als missbilligende Urtheile der Menschen auftreten.

Bereits im Bisherigen haben sich 3 verschiedene Arten von Sanctionen ergeben:

1. die specifisch-rechtlichen Folgen;
2. die Folgen aus dem Bereiche der anderen ethischen Mächte;
3. die Folgen aus der Autorität des Rechtes als einer Totalität, d. s. die Reactionen des Rechtsbewusstseins.

Es bedarf wohl keiner Hervorhebung, dass die sub 2. und 3. genannten Folgen die specifisch-rechtlichen Folgen in der Vorstellung des Verpflichteten sowohl, als auch, wenn sie in Realität treten, regelmässig begleiten, und dass, wenn eine specifisch-rechtliche Folge nicht angedroht ist, die Autorität des Rechtes und die moralischen und religiösen Vorstellungen zusammenwirken.

Wenn zu diesen 3 Arten von Sanctionen nunmehr eine vierte hinzugefügt wird, so geschieht es gleichfalls mit dem Vorbehalt, dass die Sanctionen dieser letzteren vierten Gruppe regelmässig mit den rein ethischen Sanctionen (sub 2. und 3.) zusammengegeben sind. Dennoch fordern sie eine isolierte Betrachtung. Es ergeben sich mithin noch:

4. die rein thatsächlichen Sanctionen.

Sie sind, wenn sie eintreten, rein thatsächliche Geschehnisse, die der Gesetzgeber so wenig hervorruft, als er die bloss ethischen Sanctionen schafft und realisiert. Sie sind in der Vorstellung des Handelnden vor der pflichtwidrigen Bethätigung von selbst gegeben; nachher treten sie spontan, ohne Zuthun des Legislators

ein. Von den ethischen Sanctionen heben sie sich dadurch scharf ab, dass sie eines ethischen Gehaltes entbehren.

Es fragt sich nun, mit welchem Recht aus dem Complexe des rein thatsächlichen Geschehens gewisse Handlungen oder Ereignungen isoliert und als „rechtliche" Erscheinungen, d. h. als Substrat für Begriffe des Rechtssystems in Anspruch genommen werden können. Bloss factische Geschehnisse können als Delictsfolgen (Delict = rechtspflichtwidrige Bethätigung) insoferne angesehen werden, als die Vorstellung ihres möglichen Eintretens den Widerstrebenden von pflichtwidriger Bethätigung ebenso abhält, wie die Vorstellung des Eintretens der bloss ethischen Delictsfolgen. Ihr Eintritt muss daher wenigstens regelmässig ein Uebel für den Verpflichteten bedeuten. Selbstverständlich jedoch können die Vorstellungen irgend eines möglicherweise eintretenden nachtheiligen Ereignisses nicht um deswillen allein als Sanctionen betrachtet werden, weil sie in einzelnen Fällen von der Verletzung rechtlich geschützter Interessen abhalten, sondern nur insofern, als der Gesetzgeber den Eintritt bestimmter Ereignisse als regelmässige Folge pflichtwidriger Bethätigung ansieht, und als er weiters überzeugt ist, dass die Vorstellung ihres Eintretens im Widerstrebenden regelmässig gegeben sein und ihn auch regelmässig abhalten wird, dem Rechte zuwiderhandeln. Von solchen Erwägungen ausgehend kann der Gesetzgeber in einzelnen Fällen davon absehen, specifisch-rechtliche Folgen in Aussicht zu stellen und sich mit diesen seiner Ansicht nach genügend abhaltenden Vorstellungen bescheiden. Insofern der Legislator mit den hiebei thatsächlich eintretenden Ereignissen rechnet, indem er auf ihre Mitwirksamkeit oder auch alleinige Wirksamkeit in der Vorstellung des Verpflichteten zählt, rückt er sie in den Bereich seiner Sanctionen; damit erscheinen die eintretenden Ereignisse selbst, welche die pflichtwidrige Bethätigung nach sich zieht„ als Delictsfolgen.

Ja es ist begrifflich nicht einmal erforderlich, dass der Gesetzgeber sich ausdrücklich bewusst wird, dass er mit dem möglichen Eintritt solcher Geschehnisse rechnet; dass er bei Erlassung der Norm daran gedacht hat, dass die Vorstellung ganz bestimmter Ereignisse den Widerstrebenden davon abzuhalten im Stande sein werde, dem Rechte zuwiderzuhandeln. Es genügt, dass er sie rein negativ in Combination zieht. Ein Ereignis, das im causalen Zusammenhang als Wirkung einer vom rechtlichen Standpunkt als pflichtwidrig zu bezeichnenden Bethätigung eintritt, ist, wenn es eintritt, schon dann und deshalb als Delictsfolge zu betrachten, wenn man mit Bestimmtheit

behaupten kann, dass der Gesetzgeber die Norm, der die Bethätigung zuwiderlief, und die er ohne specifisch-rechtliche Sanction erlassen hat, gewiss dann mit einer solchen ausgestattet hätte, wenn er — falls er die Möglichkeit des Eintrittes des Ereignisses überhaupt in den Kreis seiner Erwägungen gezogen hätte — überzeugt gewesen wäre, dass das Ereignis, welches nunmehr eingetreten ist, wenigstens regelmässige Folge der pflichtwidrigen Bethätigung nicht sein würde. Und diese Annahme trifft jedesmal zu, wenn der Gesetzgeber eine Norm mit einer specifisch-rechtlichen Sanction nicht ausstattet, ohne dass er jedoch in diesen Fällen auf die rein ethischen Delictsfolgen rechnen konnte. Dass der Gesetzgeber bei Erlassung jeder, auch der mit Zwangsfolgen ausgestatteten Normen auf die Unterstützung durch die ethischen Sanctionen rechnet, ist ein Beweis dafür, dass sich der Gesetzgeber auf die ethischen Sanctionen allein nicht verlässt; und das ist umsoweniger anzunehmen, als er gerade die wichtigsten Pflichten, die er begründet, mit specifisch-rechtlichen Sanctionen nicht ausstattet. Wenn z. B. die Verfassungsgesetze das Staatsoberhaupt, die Mitglieder der gesetzgebenden Körperschaften u. s. f. für „unverantwortlich" erklären, so thuen sie dies nicht deshalb, weil sie diese Pflichten für minderwertig und deshalb einer rechtlichen Sanction nicht bedürftig halten; sie thuen dies auch nicht deshalb, weil sie auf die Wirksamkeit der ethischen Vorstellungen allein rechnen. Denn wenn sie die Wirksamkeit dieser Vorstellungen bei minder wichtigen Pflichten für nicht genügend erachten und deshalb noch mit dem Zwangsapparat drohen, so kann man vernünftigerweise noch viel weniger annehmen, dass sie sich den wichtigsten Pflichten gegenüber bei der Wirksamkeit der Religion, der Moral und der Autorität des Rechtes beruhigen. Und es fällt auf den ersten Blick auf, dass die Gesetze in den genannten Fällen den pflichtwidrig Handelnden nicht deshalb für unverantwortlich erklären, weil sie eine Sanction für unnöthig hielten; die Erklärung der Unverantwortlichkeit hat vielmehr in wesentlich anderen, in opportunistisch-politischen Rücksichten ihren Grund, und es ist sonach nothwendig anzunehmen, dass an die Stelle der aus gewissen Rücksichten nicht opportun erscheinenden specifisch-rechtlichen Sanction eine andere Art der Sanction tritt. Unverantwortlich sein heisst weder: nicht verpflichtet sein, noch auch: regelmässig ohne Nachtheil bleiben, wenn pflichtwidrig gehandelt wurde; sondern es heisst lediglich: mit mechanischem Rechtszwang verschont bleiben.

Es darf nicht befremden, dass damit ein rein thatsächliches Ereignis, dessen Eintreten vom Willen des Gesetzgebers nicht ab-

hängt, als Delictsfolge bezeichnet wird. Denn auch die ethischen Delictsfolgen sind ja rein thatsächliche Geschehnisse; ja das ganze Recht selbst ist nichts, als ein factisches Geschehen, da es nur ein Ausschnitt aus dem Leben der Menschen ist. Hat ja doch die Rechtswissenschaft überhaupt nichts Anderes zu thun, als gewisse Complexe von Veränderungen in der empirischen Welt gedanklich zusammenzufassen und die Zusammenhänge derselben als gesetzmässig aufzuweisen.

Erst die Erfassung mancher rein thatsächlicher Geschehnisse als Delictsfolgen gestattet, die rechtliche Stellung des unverantwortlichen Staatsoberhauptes, der unverantwortlichen Abgeordneten u. s. f. zu fixieren. Denn nunmehr erscheinen sie als Verpflichtete im wahren Sinne des Wortes. Die Merkmale des Pflichtbegriffes scheinen auf ihre Rechtsstellung zunächst gar nicht zuzutreffen. Es ist nichts davon zu erblicken, dass sie einen „Zwang" erleiden, der ihren individuellen Interessen zuwiderläuft; der Wortlaut der Gesetze spricht häufig eher dafür, dass für das Staatsoberhaupt Individualrechte, als dass Pflichten statuiert sind; eine specifisch-rechtliche Folge, die das Staatsoberhaupt träfe, ist — wenigstens in vielen Monarchien — vollständig ausgeschlossen, soweit das öffentliche Recht in Frage steht.

Mit Sicherheit ist dagegen zu erkennen, dass die Verfassungsgesetze die Stellung dieser unverantwortlichen Organe — man denke etwa an den Monarchen — so regeln, dass die Organe womöglich keinen Anlass haben, ihre Pflichten zu verletzen. Und gewiss prüfen diese Personen, wenn sie die in ihrer Competenz liegenden Handlungen vornehmen, regelmässig, welchem Eindruck ihre Entschliessungen im Kreise der Rechtsunterworfenen, bezw. der Wähler u. s. f. begegnen werden.

Freilich lässt sich nicht an jeden einzelnen Act, den das unverantwortliche Organ als solches vornimmt, der rechtliche Massstab derart legen, dass stets mit Sicherheit erkannt würde, ob eine pflichtwidrige Bethätigung vorliegt oder nicht. Denn die Pflicht eines Organs ist nur die formelle, das Amt nach bestem Wissen und Gewissen zu versehen, bezw. das Gesetz nach bestem Wissen auszulegen. (Das sogen. freie Ermessen ist nicht eingeräumte Willkür). Sehr wohl lässt sich jedoch ein Zusammenhang zwischen Pflichtverletzung und thatsächlicher Delictsfolge feststellen, wenn eine ganze Kette von Handlungen oder Unterlassungen der Beurtheilung vorliegt, und die practischen Folgen solchen Gebahrens zu Tage treten. Solchermaassen lassen sich auch die Revolution, der Auf-

stand u. dgl. — wenn sie nicht lediglich das Resultat der Verhetzung sind — als Delictsfolgen auffassen.

Fasst man die Unverantwortlichkeit des Staatsoberhauptes nicht als ein Freisein von Pflichten, sondern lediglich von specifisch-rechtlichen Sanctionen auf, so hindert dies nicht anzuerkennen, dass z. B. der constitutionelle Monarch ein „Recht" auf seine Stellung hat. Der scheinbare Widerspruch, der darin liegt, dass man Jemandem zugleich Pflicht und Recht zuspricht, was oben S. 140 gerügt wurde, löst sich, wie bereits dargethan, dadurch, dass diese „Rechte" nicht Rechte im gewöhnlichen, sondern individualistische, rein anstaltliche Rechte sind, die für die formale Construction nicht in Betracht kommen. So ist es völlig zu billigen, wenn z. B. Bernatzik (Arch f. öff. R., Bd. V, S. 262) von „Imperativen" spricht, „die sich an die im Staate höchsten Machthaber richten", und dessenungeachtet behauptet, der Monarch habe auf seine Stellung ein „Recht".

Die Literatur kennt freilich den Begriff der rein thatsächlichen Delictsfolgen nicht, ja einzelne Stimmen sprechen sich direct gegen die hier vertretene Auffassung aus. So sagt Thon (Grünhut, Bd. VII, S. 252): „Rechtsfolge des Unrechts darf nur die von der Rechtsordnung aufgestellte Folge des Unrechts genannt werden." Ferner Jellinek, Staatenverträge, S. 33: „Eine Rechtfertigung der Revolution ist vom ethischen und rechtsphilosophischen Standpunkte und von einer das substantielle Moment des Rechts beachtenden Anschauung aus möglich; aber eine juristische Rechtfertigung derselben, eine Auffassung als Rechtszwang gegen staatliches Unrecht ist undenkbar." Weder Thon, noch Jellinek geben eine Begründung ihrer Aufstellungen. Bei Jellinek ist sie aber sichtlich aus seiner Auffassung der Pflicht, die nicht Zwang sein soll — was aber eben nicht zutrifft — abgeleitet. Es scheint übrigens, dass Jellinek jetzt nicht abgeneigt wäre, die rein thatsächlichen Rechtsfolgen als solche anzuerkennen. In seinem neuesten Werke finden sich deutlich Spuren dieser Ansicht. So heisst es (Staatslehre I, S. 514) über das Verhältnis von Wählern und Abgeordneten: „Und zwar ist das Volk nicht blosses Kreationsorgan, dessen Funktion und Recht mit der Ernennung des Abgeordneten konsumiert ist . . . . Vielmehr knüpft sie [scil. die Wahl] eine dauernde Verbindung zwischen dem Repräsentanten und dem Gesammtvolk, nämlich ein Organverhältnis, das seiner Natur nach nur ein Rechtsverhältnis sein kann. Damit stimmt auch die dauernde und normale Abhängigkeit der Gewählten von den Wählern überein, die von der herrschenden Theorie als rechtlich unerheblich gänzlich ignoriert werden muss. Jene juristisch nicht messbaren, aber politisch so

wirksamen Mächte der öffentlichen Meinung sorgen dafür, dass trotzdem der Gewählte seinen Wählern keine Rechenschaft schuldet, er dennoch immer unter ihrer wirksamen Kontrole steht .... Dauer der Legislaturperiode, Auflösung der Kammern, ... Art und Ausdehnung des Wahlrechts u. s. w. sind nicht nur politische, sondern auch rechtliche Thatsachen." Gerade in der Construction der rechtlichen Stellung des Monarchen tritt dieser Gedanke hervor. Zwar heisst es (Staatslehre, I, S. 516): „Für die höchsten und wichtigsten Pflichten aber lässt sich die Imperativform gar nicht denken"; aber — trotz der Undenkbarkeit — heisst es weiter: „Dennoch sind alle diese Rechte in Wahrheit nur berechtigende Pflichten." Warum es „undenkbar" sein soll, etwa die Gesetzesstelle: „Der Kaiser erklärt Krieg und schliesst Frieden", in die imperativische Form zu bringen: „Der Kaiser soll dann Krieg erklären und Frieden schliessen, wenn er es im Wohle des Staates gelegen erachtet", ist nicht recht erklärlich. Gewiss aber ist zuzugeben, dass die Autoren der Verfassungsgesetze damit nicht nur eine Pflicht, sondern auch eine Prärogative der Krone aufzustellen beabsichtigten; die imperativische Fassung würde sonach der Stelle nicht ganz gerecht werden, also „unhistorisch" sein.

Ferner sei noch darauf hingewiesen, dass v. Bar hervorhebt, dass auch gegen den Monarchen Rechtszwang gegeben sei, der eben nur nicht Strafzwang sei, sondern im „Druck der gesammten Verhältnisse" bestehe. (Handbuch, I, S. 295.)

Endlich ruht auch das interessante Werk Nothnagels (Execution durch sociale Interessengruppen, Wien 1899) und der darin verwendete Begriff der „psychologischen Execution" auf dem Gedanken, dass sich das Recht auch des Zwanges bedient, der in den Lebensverhältnissen liegt, — eines Zwanges, der zunächst formaljuristischer Erfassung zu widerstreben scheint, sich aber unter dem deductiven Gesichtspunkt des Determinismus sehr wohl in die Sanctionen einreihen lässt.

Da nunmehr, wie es scheint, feststeht, dass sich das Recht in allen Fällen, wo es Pflichten statuiert, des psychischen Zwanges bedient, um der Beeinträchtigung von Interessen vorzubeugen, ist es möglich, in der Literatur aufgeworfenen Einwendungen zu begegnen, die sich zwar in erster Richtung gegen die ausschliessliche Betonung des Momentes des mechanischen Zwanges richten, die aber auch hier nicht unberücksichtigt bleiben können.

Thon, Rechtsnorm, S. XI, 7 erklärt, dass der Zwang dem Rechte nicht wesentlich sei, da er, „soweit er dem Rechte angehört, selbst wieder in Normen aufzulösen ist." Es ist nun gewiss richtig, wenn Thon sagt,

dass eine pflichtwidrige Bethätigung neue Imperative auslöst; aber dies ist eben nur der Fall, soweit specifisch-rechtliche Folgen in Aussicht gestellt sind. Die beiden Bestimmungen, dass das Recht ein Complex von Imperativen ist, und dass das Recht — in seiner Totalität — auf dem mechanischen Zwangsapparat fusst, schliessen einander nicht aus. Es wäre nicht richtig zu sagen, in denjenigen Fällen, wo bloss ethische oder thatsächliche Delictsfolgen eintreten, läge eine Rechtspflicht nicht vor, sondern eine religiöse oder moralische Pflicht oder bloss „Nothwendigkeit" des Handelns. Von einer Rechtspflicht muss schon deshalb gesprochen werden, weil die bezüglichen Normen in den Gesetzen enthalten sind, und weil der Gesetzgeber die scheinbar extra legem eintretenden Folgen, als für sein Verhalten in der Frage betreffend die Sanctionierung der Befehle maassgebend, ausdrücklich oder stillschweigend in Rechnung gestellt hat.

Damit ist auch dem Bedenken Bierlings (Jur. Pr., Bd. I., S. 52) die Spitze abgebrochen: „Wie weit man auch die Androhung mit Zwangsmitteln treiben mag, ins Unendliche lässt sich die Sache doch nicht fortsetzen; es bleiben schliesslich doch stets gewisse Normen übrig, für deren Befolgung man ausschliesslich auf den guten Willen der Verpflichteten rechnen muss. Und wer sich überhaupt einen offenen Blick für Thatsachen bewahrt hat, wird auch sonst mannigfache Normen in unseren positiven Rechten entdecken, hinter denen keine Androhung von Zwangsmitteln irgend welcher Art steht; man denke beispielsweise an alle Pflichten des Monarchen als solchen, sowie an die zahlreichen Wahl- und Stimmpflichten theils der gesammten Staatsbürger, theils der Mitglieder der verschiedenen politischen und kommunalen Körperschaften."

Aehnlich sagt Jellinek (System, S. 188 ff): „Da keine Ordnung sich ausschliesslich durch Zwang verwirklicht, sondern irgendwo ein Punkt sein muss, durch den sie auf der freien Anerkennung der Staatsgenossen ruht, so ist die Anerkennung die wesentliche Grundlage der Rechtsordnung in ihrer concreten Ausgestaltung." Dass die Anerkennungstheorie einen richtigen Kern enthält, wurde bereits (oben § 3) zugegeben; desgleichen wurden die eigenthümlichen Arten der Pflicht gewürdigt, die Bierling ins Treffen führt, und auf die man immer verweist, wenn man die angebliche Sanctionslosigkeit der Norm verficht. Die Schriftsteller verschmähen es eben, von einem deductiven Gesichtspunkt aus den Begriff der Norm festzustellen, und meinen, aus der Beobachtung singulärer Erscheinungen, die dem Scheine nach für die Leugnung der Zwangsnatur des Rechtes überhaupt und des Pflichtverhältnisses insbesondere sprechen, allgemeingiltige Schlüsse ziehen zu können. Dem-

gegenüber ist nochmals mit Nachdruck auf die Unzulänglichkeit des rein inductiven Verfahrens hinzuweisen.

Wer das Wesen des Rechtsstaates darin erblickt, dass sich der Gemeinwille — cum grano salis genommen — in den Gesetzen verkörpert, und wer in dem System der Volksvertretung das — wenn auch vielleicht nicht gerade sehr taugliche — Mittel erblickt, den Gemeinwillen zur Herrschaft zu bringen, gewahrt leicht, dass aller Rechtszwang zur Verhütung pflichtwidriger Bethätigung zuletzt in rein thatsächlichem Zwang besteht. Gerade die Organe des Staates sind im Allgemeinen berufen, gegen pflichtwidrige Handlungen einzuschreiten. Ihren Delicten begegnet der Zwang seitens der ihnen vorgesetzten Organe bis hinauf zu den Ministern und dem Staatsoberhaupt. Dort hört aber der Zwang nicht auf, wie Thon, Rechtsnorm, S. 11, Note 28 vermeint. Die Minister sind den Parlamenten im specifisch-rechtlichen Sinne, die Mitglieder der Parlamente den Wählern — wenn auch nicht speciell allein ihren Wählern, so doch diesen practisch in erster Linie — thatsächlich verantwortlich. Und das Staatshaupt selbst steht unter dem Drucke, d. h. dem psychischen Zwange des ganzen Volkes. Wie sich mithin im Rechtsstaate der Gemeinwille durch das Medium der gesetzgebenden Organe in die Form der Gesetze ergiesst und durch die gesetzesanwendenden Organe zu seiner Quelle wieder zurückkehrt, so devolviert auch der psychische Zwang durch die Organe bis zur höchsten Spitze und kehrt von da wieder zu seinem Ursprung zurück. Rechtspflicht ist eben nicht Zwang von oben, sondern socialpsychischer Zwang.

Nirgends also ist das Recht auf den „freien Willen" angewiesen. Die Betrachtung der geltenden Gesetze und des empirischen Verlaufes vermag das deterministische Princip, das logisch nothwendig zum Gelten jeder Norm das Walten eines psychischen Zwanges fordert, nicht zu widerlegen, wie überhaupt „Vernunftwahrheiten durch das Leben nicht widerlegt werden können" (Lessing). Vielmehr wird eingehende Betrachtung stets bestätigen, was die Deduction aus einem wissenschaftlichen Gesichtspunkte ableitet. Es ist nicht richtig, wenn Binding (Hdb. I, 162) sagt: „Alle die durch Verfassungsnormen begründeten Rechtspflichten des Kaisers und der deutschen Landesherren ermangeln jedes Zwangsapparates", und wenn A. Merkel, Jur. Enc., § 57 erklärt: „U. a. fehlt wichtigsten Bestimmungen unseres deutschen Verfassungsrechtes jegliche Sanction". Nicht jegliche, sondern nur die specifisch-rechtliche, nicht die mittelst deductiver Methode aufzufindende rein thatsächliche Sanction!

Bevor nun an die nähere Betrachtung der Normen geschritten werden kann, sind noch zwei Theorien ins Auge zu fassen, die

wegen der weiten Verbreitung, die sie gefunden haben, und der wichtigen Folgerungen, die aus ihnen gezogen werden, einer Besprechung bedürfen: Es sind die Normentheorie und die Selbstbindungstheorie. Beide Theorien stehen in diametralem Gegensatze zu der hier vertretenen Auffassung, dass Pflicht wesentlich Zwang ist. Zwar können beide Lehren mit Fug als bereits durch die bisher in der Literatur vorgebrachten Einwendungen widerlegt angesehen werden. Dennoch soll den Theorien, da es sich in ihrem Bereiche gerade um den wichtigsten Rechtsbegriff — den der Pflicht — handelt, und da die Gegner der Lehren die Hebel zumeist an weniger wichtigen Punkten angesetzt haben, eine eigene Ueberlegung gewidmet werden. Nachdem die Normentheorie bei Binding, die Selbstbindungstheorie bei Jellinek die eingehendste Durchbildung und die bestechendste Darstellung erfahren haben, sollen sie in der Form bekämpft werden, die ihnen diese Schriftsteller zutheil werden liessen. Denn nur umsomehr wird die Unhaltbarkeit dieser Theorien hervortreten, wenn selbst so scharfsinnige Vertheidigung sie nicht zu retten vermag.

## § 14. Die Normentheorie.

§ 14. Die Normentheorie

Es sei vorweggenommen, dass die grosse Bedeutung des Binding'schen Systems für die Entwicklung der Strafrechtswissenschaft in seiner polemischen Tendenz liegt. Dass das Recht nicht lediglich Gewalt ist, nicht ausschliesslich mechanischen Zwang übt, hat Binding überzeugend dargethan. Nur weil sich Binding bloss auf die empirische Betrachtung des Rechtes, ja im Grunde auf die Betrachtung eines Rechtssystemes beschränkt und es mit Absicht verschmäht, einen deductiven Gesichtspunkt aufzustellen, gelangt er, gerade was die Grundprobleme des Rechtes betrifft, mehrfach zu bedenklichen Resultaten.

Allerdings überschreitet Binding gerade im Gegensatze zu der engen Beschränkung, die er seiner Methode auferlegt: nur auf die „Quaderfundamente des Rechtes" zu bauen, dreimal die Grenzen, die er sich selbst gesteckt hat; er kehrt jedoch jedesmal mit den fragwürdigsten Resultaten heim. In der Frage der Willensfreiheit entscheidet er sich für den Indeterminismus; von der heteronomen Moral, die dem Rechte allein coordiniert werden darf, will Binding überhaupt nichts wissen; und das unbewusste Wollen, mit dem seine Theorie der Fahrlässigkeit operiert, ist ein höchst zweifelhaftes Instrument wissenschaftlicher Forschung.

Nicht weniger als vier wesentlich verschiedene Phasen durchläuft Bindings Erörterung des Problems der Willensfreiheit. (Normen, Bd. II.) An der Spitze steht der Determinismus „Was

geschieht, ist nothwendig; was bestimmt, für das Bestimmte zwingend" (S. 3). Sofort aber wird er durch die psychologische Willensfreiheit abgelöst: „Im Wesen des einzelnen Menschen springt seiner Thaten Quelle" (S. 6). „Nur der freie Entschluss und die freie Handlung sind das eigenste Werk des thätig gewordenen Menschen. Ihnen allein hat er seinen Stempel aufgedrückt, deshalb (!) braucht er allein sie verantworten." (S. 9). Binding übersieht wie alle Diejenigen, welche den Menschen für seinen Character verantwortlich machen, dass die Theorie von der Zurechnung zum Character höchstens eine Begrenzung, niemals aber eine Begründung der Verantwortlichkeit zu geben vermag. Es könnte nur heissen: Nur sofern die That den Character spiegelt, hat sie der Mensch zu verantworten. Dabei bleibt die Frage nach dem Grunde der Verantwortlichkeit vollständig offen. Allerdings verlegt Binding die Freiheit, indem er sich auf Kant, Schelling und Schopenhauer beruft (S. 10), in die intelligible Welt, wobei er wieder, entgegen seiner in die engsten Grenzen gebannten Methode, plötzlich die Grenzen des Erkennens überhaupt überschreitet. Die Welt des Seins aber lässt Binding im Gegensatz zu den Philosophen, auf die er verweist, alsbald seitwärts liegen, und langt schliesslich beim diesseitigen Indeterminismus an: „Eine unbedingte, somit freie Ursache anzunehmen ist also (!) weit entfernt unwissenschaftlich zu sein" (S. 23). Dass sich Binding hiebei auch mit Kant's und Schopenhauer's Strafrechtstheorien in unversöhnlichem Gegensatz befindet, wurde bereits (oben § 7) dargethan.

Vom Determinismus trennt Binding — gleichfalls in directem Widerspruch mit diesen Philosophen — den mit der Bedingtheit des Willensactes unzertrennlich verbundenen Praedeterminismus ab (S. 11), ohne sich auf logische und erkenntniscritische Argumente zu stützen, sondern lediglich mit Gefühlstönen — die ja natürlich nichts beweisen können — operierend. Wenn gegen die Ueberschätzung der Moralstatistik und gegen den Materialismus vielfach Treffliches vorgebracht wird, kann damit eine Widerlegung des Determinismus nicht gegeben sein. Denn wie sich herausgestellt hat, bedarf die deterministische Lehre einer Erhärtung durch statistisches Material durchaus nicht. Und dass der Materialismus etwas wesentlich Anderes ist, als die Lehre, dass die psychischen Functionen nicht grundlos vor sich gehen, sollte einer Hervorhebung nicht erst bedürfen.

Dass aber Binding, trotz seinem energischen Bekenntnisse zur Willensfreiheit, in allen seinen Werken implicite voraussetzt, dass der Willensact doch motiviert sei (vgl. z. B. Normen, Bd. I, S. 424, Bd. II, S. 24) zeugt eben dafür, dass es unmöglich ist, ohne die

wenigstens unbewusste Anerkennung der deterministischen Lehre über Recht überhaupt zu schreiben. Es kann nicht Wunder nehmen, dass auch bei Binding der Indeterminismus, wie Liepmann, Einleitung, S. 93 treffend sagt, „nichts als ein ornamentales Prunkstück ist, das man mit Emphase an den Eingang des Systems stellt, ohne es weiter zu benutzen."

Binding übersieht auch, wie wichtig die phylogenetische Betrachtung ist. Er beschränkt sich, wenn er überhaupt an die Geschichte appelliert, auf die historisch-ontogenetische Betrachtung. Ja er geht weniger von seinem doch immerhin deductiv entwickelten Princip des Indeterminismus aus, um den Satz, der den Angelpunkt seines Systems bildet, zu begründen, sondern von der Betrachtung einzelner historischer Ereignisse: Ein Hinweis auf die Straffolgen der Normübertretung (des „Delikts") ist den Normen unwesentlich, wie die ganze Rechtsgeschichte beweist" (Grundriss, I, S. 58). Die Beweisquellen sind denn auch trübe genug. Binding übersieht, dass der Gott, der den Dekalog erliess, mit zeitlichen und ewigen Strafen drohte, dass die „Kriegsartikel" denn doch nicht der Drohung entbehrten, wie ja die Vorschriften für das Militär stets und ausnahmslos wesentlich schärfere Delictsfolgen statuieren, als die bürgerlichen Gesetze. Freilich ist für Binding mit der räumlichen Trennung der Gesetzesparagraphen auch die begriffliche Trennung gegeben: „Stets sieht der Gesetzgeber in der Normierung des Lebensverhältnisses und der Rechte und Pflichten der daran betheiligten Personen seine principale Aufgabe. Erst zum Schlusse, häufig in besonderem Abschnitte folgen die Strafdrohungen für die Verletzung der vorher statuierten Pflichten. Eine Umkehr dieser Reihenfolge kommt nie vor." (Normen, I, 73.) Es ist gewiss zuzugeben, dass die Sanction dem Gesetzgeber nicht das Wesentliche ist. Sie ist aber unentbehrliches Mittel zum Zwecke. Dass die Bedingung, unter welcher die Delictsfolge einzutreten hat, im Gesetzestexte der Strafdrohung vorangeht, kann nicht Wunder nehmen; wird ja doch im hypothetischen Satze, der logischen Auffassung entsprechend, zumeist zuerst der Grund, dann die Folge ausgesprochen. Und sollte wirklich ein principieller Grundsatz daraus abgeleitet werden können, dass die Vorschrift auf Seite 1, die Sanction auf Seite 3 im Texte des Gesetzes zu lesen ist? Und diese Thatsache sollte zur Begründung eines ganzen wissenschaftlichen Systems dienen, ja eventuell den Ausgangspunkt für eine Aenderung der Gesetze abgeben? Wenn Binding fragt: „Worin aber läge der Grund, dass Verbot und Gebot nicht durch sich selbst, sondern erst durch den Hinweis auf die Rechtsfolgen der Ueber-

tretung verbindlich werden können?" (Normen, I, S. 40 f.), so lautet die Antwort: Der Grund liegt darin, dass es eine unbedingte Pflicht nicht gibt. Nur der äussere Schein mancher Gesetzesstellen, zuvörderst der leges imperfectae, könnte verleiten, eine unbedingte Pflicht anzunehmen. Da aber solche Annahme einem Denkgesetze widerspricht, und da ferner eine genaue Betrachtung erweist, dass die Pflichten der Religion, der Moral und der Sitte, wie auch alle Rechtspflichten, einschliesslich der anscheinend sanctionslosen — in der That aber gleichfalls, nur nicht mit specifisch-rechtlichen Sanctionen ausgestatteten — Rechtspflichten, mithin eben alle Pflichten ohne Ausnahme mit Sanctionen versehen sind, geht es nicht an, die Sanction als der Norm unwesentlich zu erklären. Daher können auch nicht, wie Binding und seine Anhänger (z. B. Thon, Rechtsnorm, S. 5, Finger, Strafrecht, Bd. I, S. 66, Janka, Lehrb., S. 28) meinen, Norm und Sanction begrifflich getrennt werden. Erst die Sanction macht die für sich allein ganz unwirksame Willenskundgebung zur Norm. Das praeceptum legis wird durch die sanctio legis zum Imperativ. (Treffend Schütze, Grünhut, Bd. V, S. 388). Wäre die Sanction in der That unwesentlich, wäre es wahr, dass, wie etwa auch Schaper (Holtzendorff, Handbuch, 1874, S. 138) glaubt, „der indirekte Schutz, den die Anwendung des Strafgesetzes den Gütern durch die ferne (!) Drohung mit dem Schwerte der Gerechtigkeit verleiht, unbeträchtlich ist", oder gar, dass, wie Binding erklärt (Grünhut, Bd. IV, S. 15), das Strafgesetz gar nicht abschrecken kann, dann bliebe nichts übrig, als den Criminalcodex aufzuheben. Denn welche Function bliebe ihm nach dieser Auffassung, als dass er, angewendet, unnöthig Wunden schlägt? Es müsste denn sein, dass man der Strafe begrifflich nur die Tendenz zulegte, „Gegenwirkung", „Genugthuung" zu sein, wie Binding und Merkel und ihre Anhänger in ganz seltsamer Genügsamkeit thun.

Und da erst die Sanction die Willenskundgebung zur Norm macht, geht es nicht an, die Norm zeitlich oder begrifflich dem Strafgesetze vorangehen zu lassen. Nur wenn bereits ein zur Zeit des Inkrafttretens des Strafgesetzes bereits bestehendes Gesetz die Vorschrift mit einer — eventuell auch privatrechtlichen — Rechtsfolge ausgestattet hätte, könnte man sagen, dass eine Norm dem Strafgesetze zeitlich vorangeht. Dann geht aber eben nicht eine sanctionslose, sondern eine bereits sanctionierte Norm voraus. Mit der begrifflichen Trennung von Norm und Sanction schwindet auch die schwierige Trennung der Begriffe Verbrechen und Delict, die Binding gibt. Delict ist richtigerweise jede pflichtwidrige

Handlung; Verbrechen ist das criminell bedrohte Delict zum Unterschied vom Civildelict.

Und wie kann Binding, obwohl er an einer Stelle ausdrücklich erklärt, dass das Strafgesetz gar „nicht abschrecken soll" und auch „nicht kann" (Grünh., Bd. IV, S. 15), dennoch, in Widerspruch mit sich selbst, zugeben: „Gewiss will das Strafgesetz auch als psychologische Drohung wirken" (Normen I, S. 424)? Es ist unmöglich, diese beiden Sätze zusammenzureimen. Dass Binding — von dieser einen Stelle abgesehen, die völlig isoliert dasteht — dem Strafgesetze eine abhaltende Wirkung durchaus nicht zugestehen will, bringt einen ganz eigenartigen Zwiespalt in seine Ausführungen. Auf der einen Seite herrscht zwischen Gesetzgeber und Bürgern ein im Grunde freundliches Einvernehmen: „Das Recht kann sich auf den freien Willen allein stellen und darf rechnen, dass er ihm grösstentheils entsprechen wird." „Nicht ist der Norm wesentlich ein Hinweis auf die Folgen ihrer Uebertretung" (Hdb. I, S. 160). Es ist psychologisch nicht recht erklärlich, dass gerade ein Criminalist, der, wie man glauben sollte, in erster Linie an Verbrecher denkt, auf deren „freien Willen" man eben nicht rechnen kann und, wie sich klar zeigt, auch nicht rechnet, Alles auf freiwillige Befolgung abstellen will.

Gerade aber die Unbedingtheit der Pflicht zeitigt auf der anderen Seite die Vorstellung, als lägen Staat und Bürger in einem erbitterten Kampf, als kenne das Recht keinerlei Wohlwollen. Das Strafgesetz enthält nach Binding durchaus nicht bedingte Imperative, die an den Egoismus der Bürger appellieren (Normen I, S. 39): „Der Staat stellte dann den Unterworfenen zur Wahl entweder die Verbrechen zu unterlassen, oder aber sie mit Strafrisiko zu begehen. Das Verbrechen würde gar nicht verboten, sondern seinen künftigen Urhebern der wohlgemeinte Rath erteilt, es aus Rücksichten auf den Staat oder auf ihre eigene Bequemlichkeit zu unterlassen. Form und Inhalt dieser bedingten Imperative sind widersinnig." Die Stelle vermengt zwei Gesichtspunkte, die wesentlich zu scheiden sind: den Standpunkt des Staates und den Standpunkt des Bürgers. Indem der Staat das Strafgesetz aufstellt, erlässt er eine Willenskundgebung, die er durch die Sanction zum Befehle erhebt. Er stellt von seinem Standpunkt nichts zur Wahl, sondern er will und sagt dies so solenn, als es überhaupt möglich ist (Lammasch), dass Verbrechen nicht begangen werden. Freilich gelingt die Abhaltung nicht in allen Fällen. Aber deshalb stellt der Staat doch nichts zur Wahl; es geräth nur der von der Norm Getroffene in eine Alternative. Treffend sagt Simmel, I, 56: „Wenn

ein Herrscher die Uebertretung eines Gesetzes mit der höchsten Strafe bedroht, so steht doch Jedem noch die Wahl frei, ob er dem Gesetze gehorchen oder die Strafe auf sich nehmen will; durch alle körperlichen und geistigen Foltern kann ich nicht gezwungen werden etwas zu thun, wenn ich nicht den Zweck damit habe, die Leiden aufhören zu lassen." Eine andere Art der psychischen Einwirkung auf einen menschlichen Willen ist überhaupt nicht denkbar. Der Staat bringt durch die Drohung den zu einem Verbrechen Disponierten in ein Dilemma, und er erlässt eine Sanction gerade zu dem Zwecke, den Verpflichteten zu zwingen, denjenigen Ausweg zu wählen, der dem Willen des Staates genehm ist. Dass dem Verpflichteten also eine Wahl bleibt, spricht in keiner Weise gegen die Function der Abhaltung. Und bleibt denn dem Verbrecher nicht gerade nach Binding's Lehre, dass „das Recht sich auf den freien Willen allein stellen kann", die Wahl frei? Ja strenge genommen könnte der widerstrebende Verpflichtete, wenn eine Sanction nicht vorliegt, dem Gesetze gar nicht gehorchen, da ihm ein Motiv nicht zustände. Und selbst wenn man — was aber durchaus unzulässig wäre — annehmen würde, dass der Mensch die Fähigkeit habe, aus den auf ihn eindringenden Reizen einen beliebigen auszuwählen, dem er motivierende Kraft verleiht, so wäre doch denkbar, dass in manchen Fällen ein solcher Reiz gar nicht vorliegt, der vom Verbrechen abhalten könnte. Angesichts eines Menschen, der alle Rücksichten beiseitesetzend fest entschlossen ist, ein Verbrechen zu begehen, wäre es durchaus willkürlich, anzunehmen, dass der Befehl des Gesetzes selbst den Reiz bilde.

Vollends ist es bedenklich, zu sagen: „Müsste aber der Hinweis auf die Straf- oder Rechtsfolgen überhaupt im Interesse des der Norm Unterworfenen in das Verbot aufgenommen sein, so würde diese Aufnahme wieder keinen anderen Erfolg haben, als dass dem Verbote der Grund des Verbotes zugefügt wäre." (Normen, I, 41). Warum der Hinweis auf die Strafe vom Verbrechen nicht abhalten können soll, ist ganz unerklärlich. Gewiss wäre er aber nie der „Grund des Verbotes". Der Staat verbietet ja den Mord nicht, weil der Mörder gestraft wird. Der Hinweis soll doch nach der Intention des Gesetzgebers den Grund der Befolgung des Verbotes bilden.

Dass sich Bindings Gefühl gegen die deterministische Lehre und ihre nothwendigen Consequenzen sträubt, wird Jedermann begreiflich finden. Denn sicher erscheint es befriedigender, die Freiheit des Willens und demgemäss eine unbedingte Pflicht anzunehmen und damit die

Möglichkeit der Erfüllung der Pflicht von Lohn und Strafe unabhängig zu stellen. Dass der Mensch seiner innersten Natur nach egoistisch, dass sein Wille gebunden ist, dass ihn nur der Hinweis auf Lohn und Strafe von der Verletzung fremder Interessen abhält, ist gewiss eine Lehre, an der sich Niemand erwärmen kann. Gerade aber die Thatsache, dass ein zwingendes Recht nothwendig ist, dass Strafgesetze existieren und häufig in Anwendung treten müssen, zeigt deutlich, dass die Pflichterfüllung nicht aus freien Stücken erfolgt. Wenn es vielleicht auch zu weit gegangen ist, mit Schopenhauer die Menschen als Tiger und Wölfe zu bezeichnen, denen die Gesetze einen Maulkorb vorbinden — eine Annahme, die aber der Wahrheit umsonäher kommt, als man, was Schopenhauer hier nicht in Anschlag brachte, auch die übrigen ethischen Mächte nur drohend und verheissend vorstellen kann —, so darf man doch nicht vor der Wirklichkeit die Augen gänzlich verschliessen. Niemand kann behaupten, dass die einzelnen Menschen sich selbst zum Ziele setzen, dem Wohle der Gesellschaft zu dienen, ja sich nur klar sind, welche weiteren Wirkungen ihre Bethätigung hervorrufen werde. Wer vermöchte Goethes Worten entgegenzutreten: „Dass die Kinder nicht wissen, warum sie wollen, darin sind alle hochgelahrte Schul- und Hofmeister einig; dass aber auch Erwachsene gleich Kindern auf diesem Erdboden herumtaumeln und wie jene nicht wissen, woher sie kommen und wohin sie gehen, ebensowenig nach wahren Zwecken handeln, ebenso durch Biskuit und Kuchen und Birkenreiser regiert werden: Das will Niemand gern glauben, und mich dünkt, man kann es mit Händen grcifen“ (Werther, Brief vom 22. Mai).

Hat man also den Grundfehler der Normentheorie in ihrer indeterministischen Grundlage und der damit zusammenhängenden Lehre zu erblicken, dass es eine unbedingte Pflicht gibt, dass somit Pflicht nicht Zwang ist, so liegt, wie es scheint, der wesentliche Fortschritt, den die Theorie Bindings bedeutet, ausser in den bereits hervorgehobenen Punkten, darin, dass sie die Wichtigkeit der Norm zum Bewusstsein brachte. Gibt auch Binding nicht zu, dass das Recht wesentlich nur aus Normen bestehe — allerdings wird dies nur hinsichtlich der gesetzlichen Rechtssätze geleugnet —, so liegt doch in den „Normen“, wie Thon, der Aufsteller der Imperativenlehre, selbst hervorhebt, die erste Anregung hiezu. Sonach ist es Bindings grosses Verdienst, dass jene schiefe Vorstellung überwunden wurde, als habe der Staat nichts zu befehlen, als gebe es keine Rechtspflichten, und als sei das Recht nichts, als der Vollstrecker im Dienste der Moral.

## § 15. Die Selbstbindungstheorie.

§ 15. Die Selbstbindungstheorie

Der Auffassung, dass die Pflicht wesentlich Zwang ist, widerspricht auch die in der Literatur des Staatsrechtes und des Strafrechtes verbreitete Ansicht, dass der Staat an sich selbst Befehle richte, sich selbst verpflichte, binde (Selbstbindung). Nach der Meinung ihrer Vertreter soll diese Lehre die Möglichkeit des öffentlichen Rechtes, ja des ganzen Rechtes überhaupt denkbar machen. Aller Zuthaten entkleidet, sagt sie: „Recht ist die Selbstbeschränkung, die Politik der Gewalt". In dialectisch-formalistischer Weise liess bekanntlich v. Jhering das Recht aus der Macht hervorgehen: „Recht im vollen Sinne des Wortes ist die zweiseitig verbindende Kraft des Gesetzes, die eigene Unterordnung der Staatsgewalt unter die von ihr selber erlassenen Gesetze" (Zweck, I, S. 344). In dialectischer Weise lässt auch Jellinek den Staat als Erzeuger seiner Rechte und Pflichten auftreten: „Seine Zwecke erfüllend, setzt sich der Staat als rechtlich beschränkte Persönlichkeit." „Kraft der ihm durch seine Rechtsordnung auferlegten Beschränkungen wird er im Rechtssinne Träger von Rechten und Pflichten" (System, 184).

Indem nun behauptet wird, dass der Staat das öffentliche, ja alles Recht dadurch schaffe, dass er „sich als Rechtssubject setzt" — ein Vorgang, der natürlich erst eingehender Erklärung bedürfte — wird implicite gelehrt, dass der Staat bereits vor dem Rechte existiere. Denn er schafft ja erst das Recht: „der Staat, an sich betrachtet Macht, wird durch Anerkennung der Person der Subjicierten zur rechtlich beschränkten Macht."

Wer mit Stammler (Wirtschaft, S. 126) daran festhält, „dass man niemals einen Begriff vom Staate zu geben vermag, ohne denjenigen des Rechtes schon vorausgesetzt zu haben", verneint, wenn er folgerichtig vorgeht, bereits hier die Selbstbindungstheorie.

Durch die „Selbstbindung" sollen Pflichten und Rechte entstehen. Jellinek erklärt: „Ein sich selbst Verpflichten ist möglich, niemals aber ein sich selbst Zwingen" (Staatenverträge, 33). Hat sich nun im Früheren klar ergeben, dass Pflicht wesentlich Zwang ist, so ist zu sagen: Ein sich selbst Verpflichten ist unmöglich, da Pflicht Zwang ist. Damit fällt die Theorie zum zweitenmale.

Selbstverständlich kann ein Befehl, den Jemand an sich selbst richtet, nicht mit einer Drohung oder Verheissung versehen gedacht werden. Denn Niemand kann sich selbst Lohn und Strafe in Aussicht stellen. Daher muss die selbstgesetzte Pflicht nothwendig unbedingte Pflicht sein. Nachdem aber eine unbedingte Pflicht überhaupt nicht denkbar ist, vermag eine Lehre, die sich auf die

unbedingte Pflicht beruft, auch nichts denkbar zu machen. Im Gegentheil: sie widerlegt sich selbst.

Dadurch, dass Jellinek, wie sich zeigen wird, den Begriff der Pflicht nicht bis zu seiner letzten Wurzel verfolgt, ist es ihm von vorneherein anscheinend möglich, an der Selbstverpflichtung festzuhalten. Weil er den Begriff der juristischen Person nicht zutreffend zu erklären vermag — siehe die Critik unten § 21 —, vermeint er, die Möglichkeit des Rechtes könne gar nichts anders erklärt werden, als durch die Selbstbindungstheorie. Diese erscheint mithin als ein Nothbehelf, ein Postulat, das man scheinbar aufstellen muss, um Consequenzen nicht ziehen zu müssen, die man ohne sie ziehen zu müssen vermeint. Sie ähnelt darin der indeterministischen Lehre. Beide werden aufgestellt, weil man meint, ohne sie das Auslangen nicht zu finden. Wie natürlich, erweckt dann bei den Schriftstellern, die mit dem Postulate als etwas unbedingt Nöthigem operieren, die Bekämpfung des Postulates den Anschein, als wollte man schlankweg leugnen, was scheinbar nur durch das Postulat gestützt werden kann. Und in der That gibt es Schriftsteller, die mit der Anerkennung der Willensunfreiheit das Strafrecht schlechthin negieren zu müssen vermeinen, und Schriftsteller, die das öffentliche Recht leugnen, weil sie die Selbstbindung als unmöglich annehmen. Es geht aber nicht an, dass Diejenigen, die der unausweichlichen Verbindung des Rechtes mit dem Indeterminismus oder mit der Selbstverpflichtung das Wort reden, sich gegen die Schriftsteller wenden, welche diesen Zusammenhang als bestehend annehmen und derart nothwendig zur Negation gedrängt werden. Vielmehr fällt solche Leugnung Denen zur Last, die ohne Noth solche Zusammenhänge construieren. Für Jellinek scheint dieser Zusammenhang a priori zu bestehen: „Hat man den Gedanken der sittlichen Autonomie in seiner ganzen Tiefe erfasst, dann erkennt man auch die Flachheit der Ansichten, welche die Rechtspflicht nur als Dictat einer höheren Macht begreifen können" (System, 185).

Dass die Selbstbindungstheorie nichts als ein Postulat ist, ergibt sich deutlich aus der Besprechung des „Problems des öffentlichen Rechtes." (System, S. 8—11). Es wird gefolgert: Wer die Selbstbindungstheorie nicht anerkennt, negiert die Rechtsnatur des Staates. „Ist der Staat aber nicht Träger von Rechten, so ermangelt er der Persönlichkeit, er kann dann auch nach aussen hin nicht Träger von Rechten und Pflichten sein. Er ist dann reines Machtsubject. Damit wird das Völkerrecht zur Unmöglichkeit." Der Schluss lautet also: Weil Völkerrecht sein muss, muss Selbstbindung sein. Jellinek erkennt selbst an, „dass von vornherein der Charakter

des Resultates bestimmt ist", und dass „kein theoretisch zwingender Beweis" der Selbstbindungstheorie erbracht werden kann.

Wer der Möglichkeit der Selbstverpflichtung das Wort redet, muss den Begriff der Norm so fassen, dass sie etwas bloss von Innen Kommendes ist, andernfalls sie ja doch — wenigstens zum Theile — Zwang wäre. Da Jellinek dies jedoch nicht behauptet, befindet er sich mit sich selbst in Widerspruch. Jellinek sagt nur: „Norm ist niemals etwas bloss von aussen Kommendes, sondern muss stets die auf einer Eigenschaft des Subjectes ruhende Fähigkeit besitzen, von diesem als berechtigt anerkannt zu werden" (Staatslehre, I, 332). Wenn die Norm nicht „etwas bloss von aussen Kommendes" ist, muss sie doch mindestens etwas auch von aussen Kommendes sein, widrigenfalls sie ja etwas bloss von innen Kommendes wäre. Es kann also ein Befehl, der ausschliesslich vom Verpflichteten ausgeht, auch nach Jellinek nicht eine Norm sein und nicht eine Pflicht auferlegen. Jellinek negiert also selbst die Selbstbindung.

Es ist ja richtig, wenn die Pflicht nicht lediglich als äusserer Zwang aufgefasst wird. Nachdem das Recht, wie eingehend dargelegt wurde, um „Recht" zu sein, der Anerkennung der Rechtsgenossen bedarf, besteht die Rechtspflicht darin, dass der Verpflichtete von einem äusseren Befehl getroffen wird, den er als verpflichtend anerkennt. Die Rechtspflicht ist also das Product äusserer Bindung und des inneren sich verpflichtet Fühlens. Da sich jedoch das Recht auch gegenüber den Widerstrebenden und eventuell sich nicht gebunden Fühlenden durchsetzen muss, und da für die formale Construction das Recht lediglich als objective, äussere Macht in Betracht kommt, bedarf es in ihrem Bereiche der Berücksichtigung der subjectiven Seite nicht. Dazu, dass ein Complex von Normen als „Recht" anzusehen ist, ist nicht erforderlich, dass die Normen von sämmtlichen einzelnen Rechtsgenossen anerkannt werden. Als generelle Macht bedarf es lediglich der Anerkennung seitens der weitaus überwiegenden Zahl der Gebundenen. Ein Anarchist, der sich verpflichtet fühlt, Bomben zu werfen, hätte keinerlei Rechtspflicht und könnte daher auch nicht bestraft werden, wenn es, wie nach Jellinek's Auffassung, in jedem einzelnen Falle auf die subjective Seite ankäme.

Dagegen ist für den Begriff der Rechtspflicht erforderlich, dass in jedem einzelnen Falle eine äussere Bindung vorliegt (oben S. 96). Da also Norm (wenn schon das subjective Moment veranschlagt werden soll) nie etwas bloss von innen Kommendes ist, kann eine Rechtspflicht durch Selbstbindung nicht entstehen.

Dass durch „Selbstbeschränkung" ein Recht, d. h. eine Macht, ein Können nicht entstehen kann, — und Jellinek construiert das subjective öffentliche Recht als Können (System, S. 54) — ist einleuchtend. Wer eine Macht nicht hat, kann sie umsoweniger dadurch bekommen, dass er sich in der Macht, die er hat, beschränkt. Auch durch Befehle an einen Anderen kann man ein Recht nicht erwerben, das man vordem nicht hatte. Und selbst angenommen, dass sich der Staat Rechte und Rechtspflichten selbst zulegen könnte, warum sollte nicht irgend eine andere „Macht an sich", etwa ein Mensch, sich selbst Rechte und Pflichten zulegen?

Jellinek schneidet sich selbst den Weg ab, der ihn zum Begriff der Pflicht führen, und der erkennen lassen könnte, dass auch das Sichverpflichtet-Fühlen nicht originär subjective Regung ist, sondern nur subjectiviert ist, dass die Pflicht in letzter Linie doch äusserer Zwang ist, der sich nur im Laufe der Entwicklung in das Innere verlegt hat. Jellinek bleibt eben stets bei der Innerlichkeit stehen: „Der letzte psychologische Grund der Verpflichtung . . . besteht aber darin, dass der Wille sich durch seine Aeusserung als gebunden erachtet" (Staatenverträge, 17) und neuestens: „Der letzte Grund alles Rechts liegt in der nicht weiter ableitbaren (?) Ueberzeugung seiner Giltigkeit, seiner normativen, motivierenden Kraft." (Staatslehre, S. 303).

Dass alle Pflicht gerade, weil sie nur den — wenn auch theilweise verinnerlichten — Zwang darstellt, den die Gesammtheit gegen jeden Einzelnen übt, in letzter Linie Resultat einer objectiven Macht ist, die an den Einzelnen von aussen herantritt, übersieht Jellinek bereits in seinem ersten Werk, das eine eingehende phylogenetische Betrachtung der Ethik enthält. Die Ethik wird aus zwei Eigenschaften des Menschen abgeleitet: „Es sind also im Menschen zwei Haupteigenschaften, oder besser zwei Hauptgruppen von Eigenschaften zu unterscheiden. Die ersteren, welche sich bloss auf das von ihnen beherrschte Individuum beziehen, sind die egoistischen, die anderen, welche in irgend welcher Weise zu einem Handeln drängen, dessen Resultat einem anderen als dem handelnden Individuum zu Gute kommen, können die altruistischen genannt werden" (socialethische Bed., S. 17). Es ist nicht zulässig, Egoismus und Altruismus in solcher Weise einander gegenüber zu stellen, dass man sagt, der Egoist „bezieht die Handlung auf sich", der Altruist lässt sie „einem anderen zu Gute kommen". Vermöge seiner egocentrischen Natur bezieht jeder Mensch jede Handlung nothwendig auf sich und lässt sie immer sich zu Gute kommen. Insoferne sind alle Menschen Egoisten. Der Egoist in diesem

weiteren Sinne (siehe oben S. 36 f.) ist dann Altruist, im Gegensatz zum Egoisten im engeren Sinne, wenn er eine solche Handlung auf sich bezieht, sich zu Gute kommen lässt, die auch einem Anderen zu Gute kommt oder einen Anderen wenigstens nicht schädigt, sofern die Möglichkeit, bezw. Zweckmässigkeit der Schädigung gegeben war. Jellinek stellt hier zwei logisch nicht coordinierbare Begriffe nebeneinander, da er den Gattungsbegriff neben einen Artbegriff setzt, wie man etwa eintheilen würde: Menschen und Frauen. Zudem übersieht Jellinek, dass Comte selbst, dem er das Wort Altruismus entlehnt, den Altruismus nur als Specialfall des Egoismus auffasste und solcherart auch die Mutterliebe als Egoismus erklärte. (Vgl. Jodl, Ethik, II, 349, und Finger, der objective Thatbestand, S. 6, Note 5). Man darf daher nicht von zwei gänzlich verschiedenen Grundtrieben reden und aus einem derselben die Ethik herleiten wollen. Der Gesellungstrieb, der sich nach Jellinek selbst — wohl ganz zutreffend — ursprünglich als „Geschlechtstrieb und Sorge für die Brut" (S. 17 ff.) äusserte, ist ein rein egoistischer Trieb; nur dass die Befriedigung des Geschlechtstriebes späterhin zu Dispositionen führt, die die Interessen anderer Menschen — der Familie — fördern heissen. Man kann sich jedoch, wie betont, die Entwicklung nicht so vorstellen, dass sich der Familientrieb endlich zum Triebe erweiterte, die Interessen aller Menschen, auch der fernestehenden, ja der Feinde zu achten. Es wäre unerklärlich, wieso es heute des Rechtszwanges bedürfte, wenn die ganze Ordnung auf der altruistischen Innerlichkeit des Menschen ruhte. Und mit welchem Rechte kann man annehmen, dass der Mensch die Interessen seiner Mitmenschen, auch derjenigen, die nicht seiner Familie angehören, achtet, wenn man sich alle ethischen Mächte hinwegdenkt, wie man doch thun muss, wenn man den Entwicklungsgang reconstruiert und der Annahme entsagt, dass sie dem Menschen originär angeboren sind? Es ist nicht zutreffend, wenn „alle ethischen Gebote vom social-ethischen Standpunkt" in die Formel gebracht werden: „Wenn Du die Gesellschaft und ihre Entwicklung haben willst, so musst Du so handeln, dass Deine Handlungsweise zur Erhaltung und Förderung der Gesellschaft beiträgt" (S. 20). Die ethischen Gebote heischen vielmehr Geltung ohne Rücksicht auf den Willen des Verpflichteten; und man kann nicht sagen: Wer die Cultureinrichtungen benützt, bejaht die Gesellschaft. (S. 20, Note 3.) Man braucht die Rechtsnorm nicht zu verneinen, die man übertritt. Es wäre nicht unlogisch, wenn ein Dieb, dem das gestohlene Gut entwendet wurde, eine Strafanzeige erstattete. Gerade,

weil der Mensch egoistisch ist, lässt er die Norm nicht gegen sich, wohl aber für sich und gegen die Anderen gelten.

Die Construction des Pflichtbegriffes, die wesentlich nur auf die Innerlichkeit bedacht ist, rächt sich denn auch, so oft Jellinek den Begriff fruchtbringend verwenden will. Trotzdem Jellinek sehr wohl erkennt, „dass alles Sollen ein bedingtes Müssen ist" (S. 20), und trotzdem er zugibt, dass die Berufung auf die psychologische Freiheit von Kant „mit vollem Rechte" ein „elender Behelf" genannt wurde (S. 69), bleibt ihm zur Begründung der Verantwortlichkeit nichts übrig, als zu erklären: „Da mag denn der metaphysische Trieb in Wirksamkeit treten" (S. 69), und zu fragen: „Wenn zu den allgemeinen Eigenschaften der Vernunft das Bewusstsein der Verantwortlichkeit gehört, warum sollte es nicht hinreichend sein, die Verantwortlichkeit darauf zu gründen?" (S. 67). Und so ergibt sich denn auch Jellinek jener Strafbegriff, nach welchem die Strafe dem Verbrechen wesentlich nur nachfolgt, indem sie „die durch das Unrecht hervorgerufenen schädlichen socialpsychologischen Erscheinungen ausgleicht" (S. 116).

Es kann sonach nicht zugegeben werden, dass die „Opposition gegen den Gedanken der Selbstverpflichtung vornehmlich daher rührt, dass eingehende Untersuchung des Pflichtbegriffes in der modernen juristischen Literatur gänzlich fehlt" (System, 185). Solche Untersuchung muss vielmehr zur Leugnung der Selbstverpflichtung führen. Das Verfahren, das Jellinek bei Untersuchung des Pflichtbegriffes einschlägt, hat bereits Schopenhauer gerügt, der (Grundl. d. Moral, § 6) mit Entschiedenheit gegen Fichtes Worte auftritt: „Dass man sich nicht verleiten lasse, das Bewusstsein, dass wir Pflichten haben, weiter zu erklären und aus Gründen ausser ihm ableiten zu wollen." (Allerdings lässt sich Fichte hiebei von Gründen leiten, die Jellinek vollständig ferneliegen.)

Um den postulierten Satz, für den ja „kein theoretisch zwingender Beweis" zu erbringen ist, wenigstens plausibel zu machen, bringt Jellinek drei Erwägungen ein.

1. Vor allem beruft er sich auf die „autonome Ethik" (Staatenverträge, S. 14, System, S. 185). Es wird argumentiert: Wenn sich der Mensch autonom-ethisch Pflichten auferlegen kann, warum soll sich der Staat nicht Pflichten auferlegen können? Solche Berufung ist nicht zutreffend. Die angestellte Vergleichung der ethischen Mächte (oben § 6) hat ergeben, dass es principiell unzulässig ist, das Recht der autonomen Moral zur Seite zu stellen. Sich autonom verpflichten heisst, sich selbstgegebenen Maximen unterwerfen ohne Rücksicht darauf, ob die Bethätigung gemäss diesen Maximen für die

Mitmenschen förderlich ist oder nicht. Sittliches Handeln besteht vom Standpunkt der autonomen Moral wesentlich nur darin, dass die Handlung mit dem Gewissen des Handelnden übereinstimmt. Wer dem Rechte die Function des Interessenschutzes zulegt, kann solche Pflichten, die begrifflich einen Interessenschutz nicht mit sich führen, nicht als Rechtspflichten bezeichnen. Jellinek erkennt aber diese Function des Rechtes ausdrücklich an: „Unwidersprochen bestehen die Zwecke des Rechtes in dem Schutz und der Erhaltung (in engen Grenzen auch Förderung) menschlicher Güter oder Interessen durch menschliches Thun und Unterlassen." Es wird sogar zugegeben: „Selbst wer dem Rechte noch weitere Zwecke setzt, muss neben diesen doch auch jene als die nächsten, unmittelbaren Zwecke gelten lassen." (Staatslehre I, S. 303). Mag nun auch die „Selbstverpflichtung" des Staates den Zweck haben, die Interessen zu schützen, so ist dies doch nur eine Thatsache; begrifflich muss die Selbstverpflichtung nach Analogie der autonomen Moral solchen Zweck nicht verfolgen. Consequent müsste Jellinek von Erfüllung einer Pflicht auch dann sprechen, wenn sich der Gesetzgeber zur Erlassung eines überaus verderblichen und unvernünftigen Gesetzes verpflichtet fühlte. Soll solches verderbliche Gesetz, dass die Interessen verletzt, Recht sein, dann ist es unmöglich, zu behaupten, dass das Recht begrifflich die Interessen schütze.

In der That nun kann die Entlehnung des Begriffes aus der autonomen Ethik nicht bescheinigen, dass eine Rechtspflicht entsteht. Denn wer sich ganz nach der Methode der autonomen Ethik bindet, für den entsteht eben allemal nur eine autonom-moralische, nicht aber eine Rechtspflicht. Dass der Gesetzgeber „vernünftig" (Staatenverträge, S. 38) vorgeht, mag die selbstgesetzten Maximen inhaltlich den Rechtsnormen ähnlich erscheinen lassen; zu einer formellen Rechtspflicht wird die moralische dadurch natürlich nicht.

Wäre Rechtspflicht identisch mit autonom-moralischer Pflicht, so könnte das Recht nicht „ethisches Minimum" sein, wie Jellinek lehrt (soc. Bed., S. 42), und würde die Rechtspflicht, wie die autonom-moralische, eine lediglich individualistische, bloss für das Subject geltende Pflicht sein, dann könnte der Staat nicht, wie Jellinek behauptet, durch Selbstbindung Rechte Anderer begründen.

Dass es Jellinek nur durch die angebliche „Unableitbarkeit" der Pflicht möglich wurde, bei der autonomen Ethik ein Anlehen aufzunehmen, ist klar. Diese Selbstbeschränkung in der Methode führt, genau wie bei der Normentheorie Bindings und genau wie bei Jellineks Versuch, den Begriff der Strafe festzustellen, auch im Bereiche der Selbstbindungstheorie zu dem gegensätzlichen

Unternehmen, die Schranken der Wissenschaft zu sprengen und den Boden der Metaphysik zu betreten: „Um die aufgeworfene Frage zu lösen, muss man — so wird versichert — die dürftigen Werkzeuge juristischer Handlangerarbeit, die allerdings Manche, die sich mit diesem Problem beschäftigen, allein zu handhaben verstehen, bei Seite legen. Sie ist, um den von mir vorgeschlagenen Ausdruck zu gebrauchen, metajuristischer (?) Natur." „Die der Jurisprudenz gesteckten Grenzen sind durchaus nicht (?) mit denen der Wissenschaft überhaupt identisch." (Staatslehre, S. 332, auch Note 1.) Leider gibt Jellinek keine Begründung dieser — einer Begründung wohl bedürftigen — Sätze.

2. Weiters beruft sich Jellinek auf das „einseitige Versprechen" (Staatenverträge, S. 14, Staatslehre I, 333, Note 1). Es möge dahin gestellt bleiben, ob das einseitige Versprechen, d. i. ein Versprechen, das nicht angenommen wurde, nach dem Gesetze irgend eines Staates eine Rechtspflicht begründet. Sollte dies aber der Fall sein, dann liegt gewiss eine rechtliche Selbstverpflichtung nicht vor. Denn nicht der Wille des Versprechenden bindet, sondern das Gesetz, die Rechtsordnung. Die Berufung auf das einseitige Versprechen kann sonach die Selbstbindung nicht plausibel machen.

3. Auch das letzte Argument ist nicht beweiskräftig: „Ja man kann noch weiter gehen und sogar behaupten, dass gewissermassen jede Verpflichtung Selbstverpflichtung ist, insoferne die fremde Vorstellung, welche mich verpflichten soll, erst meine eigene Vorstellung sein muss, ehe sie als Motiv auf den Willen einwirken kann .... Nur meine Vorstellungen können mich bestimmen und das Gesetz, welches einer mir fremden Macht entstammt, kann Leben und Kraft erst dann gewinnen, wenn ich es selbst meinem Willen zur Richtschnur vorgeschrieben habe" (Staatenverträge, 15). Ebenso gut könnte man sagen, es gebe niemals eine Selbstverpflichtung, nachdem jede Vorstellung, die den Menschen bestimmt, in letzter Linie der Aussenwelt entstammt; ein Mensch, der von der Stunde seiner Geburt an von jedem Verkehr mit der Aussenwelt abgeschnitten wäre, könnte ja niemals eine Vorstellung haben.

Damit sind Jellinek's Argumente erschöpft.

Da die Erkenntnis, dass Pflicht wesentlich Zwang ist, auf deterministischer Grundlage ruht, ist es selbstverständlich, dass, wer eine Selbstverpflichtung annimmt, also implicite mit logischer Nothwendigkeit die Zwangsnatur der Pflicht leugnet, mit dem deterministischen Princip in Conflict geräth. Und nachdem Jellinek — sehr zutreffend — die Willensfreiheit verwirft, muss sich ihm un-

ausweichlich ein Widerspruch mit sich selbst ergeben. Im Eingang der Abhandlung über die Staatenverträge (S. 16) wird das liberum arbitrium ausdrücklich verworfen: „Gäbe es eine solche Willkür, so wäre die Welt ein grosses Tollhaus." S. 45 wird gelehrt: „Jene Natur der Sache [scil., dass der Staat nicht nach freiem Belieben mit anderen Staaten Verträge schliesst, sondern durch sie zum Verkehr mit ihnen gezwungen wird], welche unabhängig von ihm, unerschütterlich feststeht, ist psychologisch nur (!) ein Motiv für seinen Willen, aber es ist der freie (!) Entschluss des Staates, wenn er die aus den Staatszwecken fliessenden Anforderungen an seinen Willen zu Motiven für denselben erhebt", und S. 44: „Das Nothwendige ist aber deshalb, wie erwähnt, doch (!) frei gewollt: er hätte es auch unterlassen (!) können."

In einen weiteren Widerspruch verwickelt sich die Selbstbindungstheorie bei Bernatzik (Archiv für öff. Recht, Bd. V, S. 259). Die Theorie soll nicht nur das Völkerrecht, sondern auch das innerhalb des Staates geltende öffentliche Recht als denkbar erweisen. Wenn nun Bernatzik die Rechtssubjectivität der Heiligen und Engel damit bekämpft, dass er sagt: „denn wenn ich mir einen Heiligen oder Engel als Rechtssubject . . . denke, so liegt in dieser Vorstellung schon beschlossen die Idee von anderen gleichberechtigten Interessensubjecten und über ihnen eine Gewalt . . . .", so ist eben hervorzuheben, dass diese in der Vorstellung Rechtssubject „schon beschlossen" liegende Idee nicht zutrifft, sobald es sich um ein Rechtsverhältnis zwischen dem souveränen Staat und seinen Bürgern handelt. Ueber dem souveränen Staat steht keine „Gewalt", und Staat und Bürger sind — öffentlich-rechtlich betrachtet — nicht ohne weiteres „gleichberechtigte Interessensubjecte." Und doch heisst es l. c. s. 244 f: „Schon in dem Begriff der Rechtsfähigkeit liegt es, dass die Quelle derselben, die staatliche Rechtsordnung, sich selbst als Subject allen Rechtes, mithin als juristische Person setzen muss." Es ist daher sehr zutreffend, wenn Bornhak den nach der Art der Selbstbindungstheorie sich selbst berechtigenden Staat mit dem Münchhausen vergleicht, der sich am eigenen Zopf aus dem Sumpf zieht.

Gerade die Definition des subjectiven Rechtes, die Bekker gibt: „ein Gewaltverhältniss, das nicht beruht auf der eigenen Kraft des Gewalthabers, sondern auf der eines Dritten, der in gleicher Weise steht über dem Gewalthaber und dem in der Gewalt Befindlichen" (Jahrb. f. Dogm., Bd. XII, S. 5), ist geeignet, die grosse Schwierigkeit zum Bewusstsein zu bringen, die darin liegt, dass man den souveränen Staat zu einem seiner Mitglieder in ein

Rechtsverhältnis setzt. Die Idee der Selbstverpflichtung kann, wie Tezner (Grünhut, Bd. XXI, S. 164) sehr richtig bemerkt, nur „Zweck — und Hilfsvorstellung, nicht Lösung des Problems" sein. Die Selbstverpflichtung des Staates gegenüber seinen Gliedern betreffend, erklärt Jellinek: „Ganz anders [scil. als im Staate, der sich nicht selbst verpflichtet] verhält es sich da, wo der Staat nach festen, nur in rechtlichen Formen entstehenden und abänderlichen Rechtsregeln verfährt. Solche Regel enthält einmal die Bindung der Staatsorgane an sie. Damit allein ist aber die Thätigkeit des Staates selbst gebunden, indem staatliche Organthätigkeit Staatsthätigkeit selbst ist . . ." (Staatslehre, I, 332). Nun ist plötzlich aus der originären Selbstbindung des Staates eine Bindung einzelner Menschen geworden. Es ist natürlich ein wesentlicher Unterschied, ob man den Staat als eine reale vor dem Rechte gegebene Einheit auffasst, die durch an sich selbst gerichtete Befehle „Recht" schafft, oder ob man einzelne Menschen als verpflichtet betrachtet und um deswillen von Rechten und Pflichten des Staates spricht. Soll wirklich der Staat Rechts- und Pflichtsubject sein, weil die Organe des Staates als solche in Rechtsbeziehung stehen, dann ist diese gedankliche Uebertragung der Rechtssubjectivität von Menschen auf Abstracta als zutreffend zu erweisen, dann ist aber auch die ganze Selbstbindungstheorie überflüssig. Dass der Staat als Einheit nichts als eine Abstraction ist, kann nicht zweifelhaft sein. Treffend sagt Sigwart: „Wir reden vom Staate als einer ausser uns und über uns stehenden Macht, wir leihen ihm eine Art von persönlichem Dasein, ein Leben, das Jahrhunderte oder Jahrtausende dauert; und doch besteht der Staat nur durch den Willen und die Thätigkeit seiner Glieder." (Kl. Schriften, 2. Reihe, S. 2 f.). Und Bekker erklärt: „Der Staat ist ein Begriff. Wo wir ihn handelnd uns denken, haben wir mit den Handlungen von Menschen zu thun, die uns als die Repräsentanten oder Organe gelten." (Theorie I, S. 23.)

Es genügt natürlich nicht, dass man, was als Pflicht der Organe erscheint, schlechtweg als Pflicht des Staates ausgibt. Solches Unternehmen scheitert schon daran, dass man, sobald für das Organ einfach der Staat substituiert wird, niemals von subjectiven Rechten des Staates reden könnte. Denn die Organe als solche haben, wie Jellinek selbst zugibt (System 203), stets nur Pflichten, nicht Rechte.

Die Identificierung von Staat und Organ ist aber überhaupt nicht zulässig. Denn das Organ stellt nur die formelle Seite der Rechtssubjectivität des Staates dar, da der Staat mit seiner Organisation nicht identisch, sondern die Organisation nur die Form des Staates ist. Es geht nicht an, zu sagen: „Denkt man die Organe

weg, so bleibt nicht etwa noch der Staat als Träger seiner Organe, sondern ein juristisches Nichts übrig." (Staatslehre, I, 512f.) Denn der Kern der Rechtssubjectivität des Staates ist das Gemeininteresse. Dieser Inhalt bleibt in Gedanken bestehen, wenn man sich die Form hinwegdenkt. Man begreift, dass, wenn man sich aus einem Begriffe, der zwei wesentliche Merkmale enthält, eines der beiden hinwegdenkt, nicht der ganze Begriff, sondern eben nur das eine Merkmal hinwegfällt, während das andere Merkmal (nicht der ganze Begriff) verbleibt. (Dass aber Jellinek doch auch den Staat neben den Organen verpflichtet sein lässt, ergibt der Satz [System 121]: Der Rechtsschutzanspruch „besteht nicht in einem Anspruch an den Richter . . ., sondern in einem Anspruch an den Staat selbst"). Weiters übersieht die Identificierung, dass die beiden Seiten des Staates: als Gesetzgebers und als Gesetzesanwenders, wesentlich zu scheiden sind, da man höchstens dem Staate als Gesetzesanwender Rechte und Pflichten zusprechen kann. Der Staat als Gesetzgeber kann niemals Rechte und Pflichten haben. Denn Rechte und Pflichten gibt es, wie ja auch Jellinek gewiss einräumt, nur de lege lata. Diese Thatsache wird aber ausser Acht gelassen, wenn man den Staat schlechthin an Stelle des gesetzgebenden Organes setzt. Eine Stelle bei Jellinek selbst (System 185) zeigt, dass die Theorie der Selbstbindung von ihm als Antwort auf eine Frage gedacht ist, die — was eben übersehen wird — durchaus unklar ist: „Von Seiten der Gegner ist auch nicht der geringste befriedigende Versuch gemacht worden, das Problem zu lösen, weshalb der Staat an seine in legaler Form einseitig abgegebene Willenserklärung rechtlich gebunden bleibt." Es erhebt sich die Frage: Wer gibt die Willenserklärung ab? und: Wer ist an sie gebunden? Nach der Selbstbindungstheorie wären der Erklärende und der Gebundene durchaus identisch; andernfalls läge eine Selbstbindung nicht vor. Dass die Willenserklärung vom Staat als Gesetzgeber ausgeht, ist zweifellos. Aber gerade der Staat als Gesetzgeber ist nicht gebunden. Denn er kann ja das Gesetz abändern. Und de lege ferenda gibt es allemal weder Rechte, noch Pflichten. Gebunden sind eben nur die einzelnen Organe, bezw. Organtheile, aus denen sich der Gesetzgeber zusammensetzt. Diese sind aber mit dem Staat so wenig identisch, als die ausführenden Organe (vgl. hierüber unten § 20).

Der Fehler der Selbstbindungstheorie liegt vor allem in der Methode. Sie will das schwer Denkbare aus dem Undenkbaren erklären. Gegen den selbstverständlichen Satz, dass man sich selbst nicht befehlen kann — an welchem Satze schon der römische Jurist

festhielt: „Neque autem imperare sibi neque se prohibere quisquam potest" (Marcian) — können die scharfsinnigsten Erörterungen und künstlichsten Constructionen nicht aufkommen. Es ist sachlich zweifellos richtig, wenn Schlossmann sagt: „Wer von Befehlen an sich selbst . . . spricht, der spielt mit den Worten" (Grünhut, Bd. VII, S. 568).

Freilich scheint es sehr bestechend, zu schliessen: Der Staat ist die Quelle alles Rechtes; alle subjectiven Rechte und Pflichten stammen von ihm; der Staat hat — und nur wer das ganze öffentliche Recht negieren will, leugnet dies — Rechte und Pflichten: folglich muss sich der Staat diese Rechte und Pflichten wohl selbst beilegen. Wer dies negiert, negiert eben das öffentliche Recht.

So schliesst offenbar Jellinek stillschweigend. So schliesst aber Binding ausdrücklich: „Wollte jemand gegen diese Auffassung [scil. gegen die Selbstverpflichtung] einwenden, der Staat und sein Herrscher könnten sich durch eigenes Gesetz nicht selbst verpflichten, so wäre dies falsch. Es ist unleugbare Wahrheit, dass Staaten und ihre Herrscher Rechtspflichten besitzen" (Normen I, 18).

Es ist offensichtlich, dass dieser Schluss so, wie er gezogen wird, eine petitio principii enthält. Denn nicht früher darf man behaupten, dass alle Rechte und Pflichten vom „Staate" zugelegt werden, als bis man dies auch von den Rechten und Pflichten des Staates bewiesen hat. Man wende nicht ein, dass man doch einen von den drei Sätzen als gegeben annehmen muss. Denn es ist methodisch überhaupt nicht zulässig, vom Staate auszugehen. Besteht das Recht in letzter Linie in Beziehungen zwischen einzelnen Menschen, dann ist erst zu erklären, wieso überhaupt vom Staat als einem Rechtssubjecte gesprochen werden kann. Ist alles Recht, wie Jellinek zugibt, nur in den Köpfen der Menschen und immer nur Relation, so kann auch der Satz: der Staat hat Rechte und Pflichten, nichts als eine kurze Ausdrucksweise dafür sein, dass Menschen in Rechtsbeziehungen stehen. Der Relationsnatur des Rechtes ist, wie dargelegt, nicht genug gethan, wenn man Staat und Organ schlechthin identificiert und erklärt: Steht das Organ in Beziehung, so steht der Staat in Beziehung. Die Selbstbindungstheorie muss nothwendig schon daran scheitern, dass sie das complicierteste juristische Phänomen aus sich selbst heraus begreiflich machen, den Staat in der Luft erklären will. Die Rechtssubjectivität des Staates kann nur dadurch denkbar gemacht werden, dass man sich dahin begibt, wo das Recht allein zu finden ist: zu den Menschen. Dass Jellinek den umgekehrten Weg auch bei Behandlung der juristischen Person einschlägt, soll sich unten (§ 20) erweisen.

Es wird dort versucht werden, mittels der Reductionsmethode einige Anhaltspunkte dafür zu gewinnen, wie die Rechtssubjectivität des Staates zu begreifen ist. Die Rechtsnatur des Staates wird damit durchaus nicht geleugnet, wie den Gegnern der Selbstbindung, als wäre solche Leugnung unausweichlich, a priori imputiert wird, sondern zu erklären versucht.

Wer zu den Beziehungen zwischen den Menschen zurückkehrt, hat dann auch nicht nöthig, von „metajuristischen" Problemen u. dgl. zu reden und von „Plattheit und Ignoranz" (System, S. 11) zu sprechen, wenn eine Theorie nicht Glauben findet, die man — wie Otto Mayer, Verwaltungsrecht, I, S. 86 treffend sagt — „glauben soll, aber nicht verstehen kann." Es ist eine Forderung der Logik, dass das Complicierte nicht aus sich heraus, sondern aus dem Einfachen erklärt wird. „Die erschöpfende Analyse unserer Vorstellungen in einfache vollkommen fixierte und in Allen übereinstimmende Elemente und die Aufsuchung der verschiedenen Formen ihrer Synthese ist die Bedingung, unter der allein eine den logischen Forderungen entsprechende Fixierung unserer zusammengesetzten Vorstellungen möglich ist" (Sigwart, Logik II, S. 211).

## § 16. Die Normen.

§ 16. Die Normen

Die bisherigen Ausführungen haben ergeben, dass das Recht als objective Macht ein Complex von Imperativen oder Normen ist. Die Norm hat sich — rein formal gefasst — als Willenskundgebung einer Macht herausgestellt, die begrifflich mindestens regelmässige Durchsetzung erreicht.

Nunmehr erhebt sich die wichtige Frage: An wen richtet der Gesetzgeber die Normen?, eine Frage, die weder aus dem Gesetze heraus, noch auch durch die historische und empirische Betrachtung beantwortet werden kann. Die Adresse der Normen liegt vielmehr im Begriffe der Norm beschlossen.

Als wesentliche Merkmale der Rechtsnorm haben sich ergeben: Sie sind an Menschen gerichtete Willenskundgebungen eines vernünftigen Befehlenden, sie üben, weil sie mit einer Sanction versehen sind, einen psychischen Zwang auf den Menschen; sie entfalten eine wenigstens regelmässige Wirksamkeit.

Damit ergeben sich gewisse Beschränkungen für den Gesetzgeber, der insoferne in seinem Können gebunden ist. Sie sind dreifacher Art:

1. Die Normen ergehen an einzelne Menschen und zwar nur an solche Menschen, von denen ein vernünftiger Gesetzgeber eine

mindestens regelmässige Befolgung erhoffen kann. Die Normen richten sich sonach nicht an alle Menschen, sondern nur an principiell taugliche Befehlsempfänger.

2. Die Normen richten sich weiters an die tauglichen Befehlsempfänger nicht immer, sondern nur dann, wenn sie sich in einer Lage befinden, welche die wenigstens regelmässige Durchsetzung der Befehle voraussehen lässt. Denn die Norm ist wesentlich Willenskundgebung, und man kann nur wollen, was man für erreichbar hält. Wenn man die regelmässige Durchsetzung für unmöglich hält, kann man sie wohl wünschen, nicht aber wollen.

Damitt ritt neben die Beschränkung des Kreises Derer, denen der Gesetzgeber Pflichten aufzuerlegen vermag, noch eine Beschränkung der Fälle, in denen Normen ergehen können. Die Unfähigkeit des Gesetzgebers, im einzelnen Fall die Norm zu erlassen, liegt entweder im Menschen selbst — als geistige oder körperliche Unfähigkeit, dem Befehl wenigstens regelmässig nachzukommen —, oder ausserhalb des Menschen in der Situation begründet, in die er sich gerade verstrickt sieht.

3. Muss der Gesetzgeber auf der einen Seite mit der Beschaffenheit und Lage Derer rechnen, auf die er einwirken will, so ist er auch an die Mittel gebunden, über die er verfügt. Die Sanction, mit der er seine Willenskundgebung zum Befehl erhebt, kann den menschlichen Willen nur beugen, wenn sie in einer gewissen Proportion zum Widerstande steht, den sie nach vernünftiger Voraussicht durchschnittlich vorfindet. Deshalb kann der Gesetzgeber Pflichten nur in bestimmter Grösse auferlegen.

Die Normen richten sich also nicht schlechthin an alle Menschen, ferner selbst an die Fähigen nicht immer, und endlich können sie, ihrem Inhalte nach, ein gewisses Maass nicht überschreiten. Man kann dies kurz so ausdrücken: Der Gesetzgeber kann nicht Allen, nicht immer und nicht Alles befehlen.

ad. 1. Die Normen richten sich zunächst nur an einzelne Menschen; denn als reale Einheiten sind immer nur einzelne Menschen gegeben, da das Recht als Motiv eine geistige Function ist, und geistige Processe nur in einzelnen Menschen vor sich gehen. Gebilde, die nicht einzelne Menschen sind, also juristische Personen, können mit Fug nur dann als verpflichtet angesehen werden, wenn es gelingt, aufzuzeigen, dass ihre Pflichten in letzter Linie Pflichten einzelner Menschen sind. Bevor dieser Beweis erbracht ist, ist die Behauptung, ein Abstractum könne verpflichtet sein, unverständlich.

Wenn ferner von Pflichten untauglicher Befehlsempfänger gesprochen wird, kann darin gleichfalls höchstens eine abgekürzte

Ausdrucksweise liegen. Sollen solche Pflichten angenommen werden können, so müssen auch sie sich auf Verpflichtungen tauglicher Befehlsempfänger reducieren lassen.

An der Richtigkeit des gewonnenen Princips darf man sich nicht, wie etwa Thon, durch die Ausdrucksweise der Gesetze irremachen lassen: „Positiv kann jedoch der Nachweis geliefert werden, dass die Normen in der That auch den Unzurechnungsfähigen gelten. Es ergibt sich dies aus der einen unzweifelhaften und nie bezweifelten Thatsache, dass die Rechtsordnung Verpflichtungen der Unzurechnungsfähigen kennt" (Rechtsnorm, S. 92). Treffend erwidert hierauf A. Merkel (Ges. Abh. I, S. 387): „Aber augenscheinlich hat es keinen Sinn, Befehle an jemanden zu richten, von dem wir wissen, dass er sie nicht verstehen und befolgen kann."

ad. 2. Menschen, die sonst regelmässig fähig sind, Befehle zu empfangen und zu befolgen, sind dann nicht taugliche Befehlsempfänger, wenn sie sich in einer Lage befinden, die sie völlig unfähig macht, zu gehorchen, oder in einer Lage, die sie voraussichtlich dem Befehle nicht gehorchen lässt, weil der Gesetzgeber nicht hoffen kann, durch die Sanction das der pflichtmässigen Bethätigung widerstrebende Gegenmotiv niederzukämpfen. Das Criterium dafür, ob im einzelnen Falle eine Pflicht bestand, gibt die Antwort auf die Frage: Konnte man vernünftigerweise annehmen, dass der Durchschnittsangehörige der Gruppe in solcher Lage pflichtmässig handelt oder nicht? Oder — was dasselbe ist —: konnte der Gesetzgeber eine wenigstens regelmässige Befolgung des Befehles voraussetzen? Dass damit eine Abgrenzung von mathematischer Präcision nicht gegeben ist, könnte nur Derjenige rügen, der übersieht, dass sich das Durchschnittsmaass überhaupt nicht völlig exact feststellen lässt.

ad 3. Gegenüber allen tauglichen Befehlsempfängern kann der Gesetzgeber nur insoweit befehlend auftreten, als es ihm seine Mittel gestatten. Der Durchschnitt der Gruppenangehörigen, für den er seine Befehle berechnet, ist ein Durchschnitt der sie bewegenden Motive, der sie beherrschenden constanten Dispositionen. Will der Gesetzgeber seine Befehle durchsetzen, so dürfen die Sanctionen unter das vom Durchschnitt gewährte und geforderte Maass nicht heruntergehen. Je intensiver das Rechtsbewusstsein entwickelt ist, je lebendiger die moralischen und religiösen Vorstellungen sind, desto milder können die Drohungen sein, desto eher vermag der Gesetzgeber Gebote zu statuieren, die die Interessen Anderer direct fördern heissen. Aber auch bezüglich der Verschärfung der Drohungen ist der Gesetzgeber an seine Mittel gebunden. Er kann

nicht Handlungen oder Unterlassungen zu erzwingen suchen, die nicht erzwingbar sind. Bildet die in den humansten Grenzen gehaltene Todesstrafe das schärfste Mittel, dessen er sich bedienen kann, dann ist es ihm unmöglich, etwa die Pflicht, sich tödten oder verstümmeln zu lassen, zu statuieren. Nur, wenn der Gesetzgeber die Gefahr, dass sich der Rechtszwang verwirkliche, in die nächste räumliche und zeitliche Nähe des Verpflichteten bringt, vermöchte die Ueberzeugung von der Unmittelbarkeit und Unvermeidbarkeit der Strafe den zu solcher Duldung Verpflichteten zu determinieren.

Immer kommt es — und das ist der Kernpunkt — auf die voraussichtlich regelmässige Wirksamkeit an. Gewiss sind auch, wie Binding (Normen II, 24) betont, Kinder und Geisteskranke der psychischen Einwirkung nicht entzogen, und gewiss könnte in einzelnen Fällen auch eine geringfügigere als die gesetzlich statuierte Drohung den Reiz zu pflichtwidrigem Handeln niederkämpfen; sobald aber — und das übersieht Binding — die Regelmässigkeit, die Voraussicht des Gesetzgebers fehlt — dieser generelle Maassstab, der dem Rechte als einer socialen Macht wesentlich ist — kann begrifflich von einer Norm und daher von einer Pflicht nicht die Rede sein. Nur in ganz untechnischem Sinne spricht § 1310 des österr. B.G.B. von einem „Verschulden" Unzurechnungsfähiger.

Mit der Einschränkung des Kreises der pflichtfähigen Personen, dann der Fälle, in denen Normen ergehen, und endlich des Inhaltes der Normen ist begriffsnothwendig auch die Einschränkung des Kreises der den Pflichten correspondierenden Rechte gegeben. Recht und Pflicht sind ja für die formale Construction — die hier, wie wiederholt betont, allein in Frage steht — unzertrennliche Correlata. Und mit der Pflicht theilt nothwendig das nur in ihr bestehende Recht jedes Schicksal.

Alle diejenigen Fälle, die ausserhalb der Grenzen liegen, in denen allein Normen ergehen können, sind nicht etwa, wie so vielfach behauptet wird, „Ausnahmen" von der Norm in dem Sinne, als würde eine Norm ergehen, ohne zu wirken; bei ihnen ist vielmehr a priori von einer Norm keine Rede. Die untauglichen Befehlsempfänger, sowie die tauglichen in untauglicher Lage trifft überhaupt keine Norm, weil ein Ergehen von Normen in diesen Fällen begriffsnothwendig ausgeschlossen ist (vgl. unten § 22).

Haben sich im Bisherigen wesentliche Einschränkungen des Kreises der Normen ergeben, die im Nichtkönnen des Gesetzgebers ihren Grund haben, so werden sich im Folgenden Einschränkungen herausstellen, die auf das Nichtwollen des Legislators zurückzuführen sind.

## C. Das Recht — ein Inbegriff hypothetischer Urtheile.

§ 17. Das Recht als objective Macht hat sich im Gegensatze zum Rechte in seiner Bedeutung als subjectiver Macht, als Rechtsbewusstsein, welches durch sein Wirken in der Innerlichkeit des Menschen eine pflichtwidrige Disposition überhaupt nicht aufkommen zu lassen strebt, als diejenige Macht herausgestellt, die als Motiv im widerstrebenden Verpflichteten wirkt, als die vom bewussten Gesetzgeber ausgehende Macht, die darauf berechnet ist, den zur Verletzung Disponierten von pflichtwidriger Bethätigung abzuhalten.

Die Beschränkungen, die sich hinsichtlich der Geltung der Normen im Anschluss an die Fragen ergeben haben: An wen, wann und in welchem Ausmaasse können die Normen begrifflich ergehen?, gelten lediglich für das Recht als objective Macht. Denn dieses allein ist das unmittelbare Product zweckbewusster Thätigkeit des Gesetzgebers. Sie gelten keineswegs für die subjectivierten Mächte, die in der Seele der Menschen eine andauernde Wirksamkeit entfalten. Ihre Normen ergehen ohne Rücksicht darauf, ob vom Einzelnen, wenn er nur überhaupt fähig ist, die Norm zu verstehen. eine regelmässige Befolgung erwartet werden kann, und unbekümmert um die Lage, in der er sich befindet. Diese Normen lassen daher principiell eine Ausnahme nicht zu. Die moralischen Werturtheile insbesondere führen begriffsmässig eine rücksichtslos generalisierende Tendenz mit sich. Wird nur in einem einzigen Falle in Wahrnehmung der besonderen Situation, in die sich der Beurtheilte, als er handelte, verstrickt fand, eine Ausnahme statuiert, d. h. also in die moralische Auffassung das Princip des Individualismus, bezw. des Utilitarismus hineingetragen, so muss consequenterweise das ganze System von Normen darniederfallen. Wer nur eine einzige Ausnahme von den moralischen Normen zugibt, der macht das ganze Gebäude der Moral zusammenstürzen. Unter der Voraussetzung, auf der begriffsnothwendig alle moralische Beurtheilung fusst, dass das beurtheilte Individuum willensfrei war, d. h. im indeterministischen Sinne bei völlig gleicher Sachlage die gerade entgegengesetzte Thätigkeit entfalten konnte, gibt es keinerlei Ausnahmen von den

Normen der Moral. Diese die einzelnen Individuen und die einzelne Sachlage niemals berücksichtigende Tendenz der heteronom-subjectiven Mächte verleiht ihnen gerade den Character der blinden Naturmacht und stellt sie damit insofern in Gegensatz zum Rechtsgesetzgeber, der, wenn er auch nicht nach Belieben mit dem Rechte zu schalten vermag, doch zweckstrebend und richtunggebend die Normen nur dann und dort erlässt, wo er vernünftigerweise auf eine wenigstens regelmässige Befolgung rechnen kann (vgl. unten S. 305 f.).

Es ist daher — vom Standpunkte der Vergleichung des Rechtes mit den ethischen Mächten betrachtet — principiell nicht zulässig, zu erklären: „Im Gebiet der Sittlichkeit kann es keine unbedingten bindenden Normen geben" (Binding, Normen I, 320, Note 7) und: „Ueber die Unsittlichkeit einer Handlung entscheidet allein das menschliche Gewissen" (Thon, Rechtsnorm, S. 20, 28, Note 68).

Treffend erklärt Lammasch (der aber doch auch Ausnahmen zuzugeben scheint), dass eine solche Anschauung „den Begriff der Ethik völlig zersetzen müsste" (Crim. Studien, S. A., S. 21). Und selbst Nietzsche gibt zu: „Einer Kunst, welche die Ausnahmefälle der Moral zeigt und verherrlicht — dort wo das Gute schlecht, das Ungerechte gerecht wird —, darf man nur selten Gehör geben; wie man von Zigeunern ab und zu Etwas kauft, doch mit Scheu, dass sie nicht viel mehr entwenden, als der Gewinn beim Kaufe ist" (Menschliches, Bd. II, 1. Abth., Z. 40).

Der rechtliche Gesetzgeber stellt dagegen keine einzige Norm auf, die unbedingt, unbekümmert um die Sachlage gleichsam ohne Unterlass an die Rechtsunterworfenen ergienge; im Gegentheil: er geht, wenn auch stets generalisierend, so doch von einem Utilitätsstandpunkt aus; er verfolgt ja einen bestimmten Zweck. Er will in vielen Fällen die Normen nicht ergehen lassen, und zwar dann nicht, wenn es ihm nicht zweckdienlich erscheint.

Um die überwiegende Mehrzahl der menschlichen Handlungen kümmert sich das Recht überhaupt nicht. Die gewöhnlichen Verrichtungen des Tages, die Aufnahme der Nahrung, die Art der Erholung, bleiben, da sie im allgemeinen für andere Menschen als den Handelnden ohne Belang sind, vom Rechte unberührt. Die Vornahme dieser Handlungen stellt sich als ein rechtsfreies Dürfen dar, das als solches nicht unmittelbar als das Resultat der Thätigkeit des Gesetzgebers erscheint, sondern ausserhalb der Sphäre des Rechtes liegt. Zwar ist die ungestörte Vornahme dieser Handlungen nur möglich, weil Normen bestehen, die die Störung hintanhalten. Um den Handelnden selbst aber kümmert sich das Recht dabei nicht. Wenn er selbst nicht fähig ist, die Handlung zu setzen, das

Interesse wahrzunehmen, so schützt ihn das Recht gegen solche Unfähigkeit — wenigstens in der Regel — nicht. Es schützt sein Interesse lediglich in der Richtung gegen Dritte, denn es wird ausschliesslich in Beziehungen zwischen Menschen existent. Rechtliche Interessen sind, wie betont, überhaupt nicht Interessen an einem Gute, dessen Gebrauch oder Verbrauch der Befriedigung der Bedürfnisse dient, auch nicht an der Existenz eines Gutes oder an dem Eintritte oder Nichteintritte von Ereignissen schlechthin, die dieses Gut in irgend einer Weise betreffen, sondern ausschliesslich Interessen an Handlungen oder Unterlassungen von Mitmenschen in ihrer Eigenschaft als tauglichen Befehlsempfängern.

Rechtsnormen ergehen lediglich, wenn eine Lebensbeziehung zwischen Menschen besteht, die menschliche Interessen betrifft. Die Norm erzeugt die Pflicht und hierdurch das Recht und erhebt damit die Lebens- zur Rechtsbeziehung. Man darf sich etwa das Eigenthumsrecht nicht in der Weise vorstellen, als hätte Jemand ununterbrochen — eine gewisse längere oder kürzere Zeitdauer hindurch — ein Recht „an der Sache", unbekümmert um die neben ihm lebenden Menschen. Die Rechtsnormen ertönen — soweit das Recht als objective Macht ins Auge gefasst wird — nicht fort und fort, sondern sie knüpfen stets an eine bestimmte Sachlage an. In dem Momente, wo sich diese Sachlage entsprechend ändert, schwindet auch der Befehl, den sie wachgerufen. Das Recht als objective Macht erscheint mithin als ein Inbegriff hypothetischer Urtheile. Wenn eine bestimmte Sachlage eintritt, dann ergeht eine Norm; sonst nicht.

Freilich dürfte man, wie Merkel mit Recht betont (Lehrbuch, S. 18 f.), nicht meinen, die Natur des Rechtes erschöpfe sich in seiner logisch-grammaticalischen Structur. Es ist lediglich die Betrachtung des Rechtes von einer Seite her, die diese seine Form feststellt. Die Hervorhebung dieser Seite ist aber für die formale Construction ausserordentlich wichtig und darf nicht übersehen werden. Die juristische Literatur hat sie denn auch mit Recht als bedeutsam hervorgehoben.

So sagt Ihering (Geist I, 3. Aufl., S. 52): „Diese Form (»wenn — so«) ist die einfachste, deutlichste und liegt jedem Rechtssatze zu Grunde, wenn sie gleich äusserlich nicht hervortritt" (vgl. auch Zweck, II, S. 350); ferner Zitelmann (Irrtum und Rechtsgeschäft 208): „Das objective Recht ist eine Reihe von lauter hypothetischen Urtheilen [Wenn — so], also Ist-Sätzen", und (Weltrecht 4): „Zunächst ist ja alles objective Recht darin völlig gleich, dass es eine Interessen-

ordnung . . ., eine Anordnung über das Thun und Lassen der Menschen beim Vorliegen bestimmter Thatsachen ist". Ihm schliesst sich Loening (Grundriss, S. VI) an: „Alles objektive Recht ist — trotz seiner modernen Vergötterung — nichts Anderes als eine abstrakte Bezeichnung, Deklarirung für das Entstehen und Vergehen subjektiver Rechte — wie Zitelmann mit Recht gesagt hat: eine Reihe allgemeiner hypothetischer Urtheile". Sachlich ist auch Schlossmann mit den hypothetischen Urtheilen einverstanden; nur tadelt er, dass man hiebei von „Urtheilen" spricht, weil das Urtheil nur „Aussage über eine bereits vorhandene Beziehung" sei. (Grünhut, Bd. VII, S. 551). Ob diese Einschränkung des Wortes Urtheil nothwendig ist, bleibe dahingestellt. Jedenfalls vermag die Verwendung des Wortes im getadelten Sinne nicht zu schaden. Es möge daher bei der Anführung des wertvollen sachlichen Zugeständnisses sein Bewenden haben.

Mit der Lehre ist nichts Anderes gesagt, als dass es auf die Sachlage ankommt, ob der Imperativ, den das Recht oft scheinbar unbedingt aufstellt, ergeht oder nicht ergeht. Die Norm etwa: Du sollst nicht tödten, ergeht nur, wenn eine bestimmte Situation vorliegt. Ist ein anderer Thatbestand gegeben, so kann von ihr nicht die Rede sein, und zwar überall dort nicht, wo das Recht entweder einen Anlass zu normieren überhaupt nicht findet, weil ohnedies eine Disposition zu tödten nicht vorliegt, und dort nicht, wo das Recht die Tödtung zulässt oder gar zur Pflicht macht. Man kann kurz sagen: Alles Recht ist Situationsrecht. (Es bedarf wohl keiner Betonung, dass das Wort: rechtliche „Situation" hier in einem wesentlich anderen Sinn gebraucht wird, als bei Kohler, Prozess als Rechtsverhältnis, S. 62.)

All den Thatbeständen, an die das Recht normierend anknüpft, wohnt ein gemeinsames Moment inne, das sie näher characterisiert. Dieses Moment liegt in der Function des Rechts beschlossen. Es hat sich ergeben, dass der Gesetzgeber den Zweck verfolgt, die Interessen der Menschen in ihrem Zusammenleben zu schützen. Jeder Befehl, der erlassen wird, dient dem Schutze eines Interesses. Ein Interesse ist aber nur dann eines Schutzes bedürftig, wenn es — es sei nochmals betont, dass vom Rechte an dieser Stelle nur in seiner Bedeutung als einer objectiven Macht gehandelt wird — in Gefahr schwebt, verletzt zu werden. Damit steht die Auffassung, die bereits vorgetragen wurde, im Einklang, dass das Recht als objective Macht nichts ist, als Motiv im widerstrebenden Verpflichteten. Das Recht als Motiv im Widerstrebenden droht eben nur Dem, der selbst einem Interesse droht, und sucht ihn dadurch am interessenwidrigen Thun

zu hindern. Es bekämpft sein Interesse an der Verletzung des Interesses eines Mitmenschen. Als Interessencollision also stellt sich die Situation des näheren dar, und es ergibt sich der Satz: Alles Recht ist Collisionsrecht.

Als geltendes, wirkendes Recht, als reale Macht ist das Recht nicht ein Inbegriff gedachter, theoretischer Beziehungen, sondern ein Inbegriff von Lebensbeziehungen. Der Berechtigte übt eine psychische Macht nicht über einen Menschen, der ihm völlig ferne steht, den er nie gesehen hat und sehen wird, sondern nur über Menschen, mit denen er in einer Lebensbeziehung steht. Diese Einschränkung der als möglich gedachten Beziehungen auf Lebensbeziehungen ist schon dadurch gegeben, dass das Ergehen der Normen die Disposition eines Menschen zur Verletzung eines Anderen voraussetzt. Solche Disposition ist nur möglich im Rahmen einer thatsächlich gegebenen Beziehung. Die Thätigkeit des Rechtes als einer objectiven Macht besteht also ausschliesslich darin, Relationen zwischen Menschen, die entgegenstehende Interessen betreffen, in Rechtsrelationen umzuwandeln, indem es den Willen des Widerstrebenden zu pflichtmässiger Bethätigung determiniert. Uebt die Norm ihre Wirkung, erfolgt also die pflichtmässige Handlung oder Unterlassung, so ist sie im Momente wieder entschwunden. Wirkt sie jedoch nicht, so bleibt sie entweder allein bestehen oder es ergehen — was weit häufiger der Fall ist — neben ihr oder an ihrer Statt sofort andere Normen. Die Collision der Interessen, die zur Erlassung der primären Imperative führt, kann ihrerseits auf menschlicher Handlung oder auf einem blossen Ereignis beruhen.

„Jedes Rechtsverhältnis", erklärt Neuner (Privatrechtverh., S. 9), „hat zur faktischen Grundlage ein Lebensverhältnis". Und Glaser (Zurechnungsfähigkeit, S. 43) sagt: „Rechtsmotive kommen beim Handeln nur in Frage beim Zusammenleben von mehreren und hier nur dann, wenn die Interessen der Zusammenlebenden in Collision gerathen können" (vgl. auch Grolman, Grundsätze, 1825, § 22 und v. Liszt, Lehrbuch 66).

Die Dauerrechte, von denen man spricht, wie etwa das „dingliche Recht", können erst jetzt in ihrer wahren Gestalt erkannt werden. Der wirtschaftliche Innehaber einer Sache ist nicht fort und fort berechtigt, denn das Recht ist ja lediglich Beziehung zwischen Menschen und wechselt, wenn die Beziehungen wechseln, selbst. Erst in dem Augenblick, wo seinem Interesse ein dieses bedrohendes Interesse gegenübertritt, entsteht ein Recht. Denn erst in diesem Momente ergeht die Norm und schafft die Pflicht. Weicht das drohende Interesse, dann fällt die Norm wieder hinweg. Das

Recht als objective Macht könnte daher nicht einer Atmosphäre verglichen werden, die die Menschen stetig umgibt. Es ist nicht gleichsam immer anwesend, wie die Sonne bei unbewölktem Himmel, die alles mit ihrem Scheine erfüllt. Das Leben der Menschen ist vielmehr, von diesem Standpunkte betrachtet, in der Regel in die Finsternis des rechtsfreien Raumes gehüllt. In dem Moment nur, wo Interessen drohend einander gegenübertreten, taucht das Recht als objective Macht, als Norm, blitzartig auf, um sofort wieder, wenn der Conflict gelöst ist, zu verschwinden.

Gerade die gegentheilige Anschauungsweise aber trifft für das Recht als subjectivierte Macht zu. Als constante Willens-, Gefühls- und Urtheilsdisposition weilt es stets bei den Menschen. Es spricht ununterbrochen zu ihnen und sucht gerade dadurch zu verhindern, dass Interessencollisionen eintreten. Zufolge der innigen Verschmelzung des Rechtsbewusstseins mit den moralischen und religiösen Vorstellungen dringen diese letzteren auch in die Sphäre des Rechtes ein. Die Stetigkeit der Gebote: Glaube an Gott, Liebe den Nächsten, die ununterbrochen wirken, überträgt sich auf die rechtlichen Vorstellungen. Das Recht wird aus der Relation zur Qualität. Es wird Etwas, das man hat, wie einen Gegenstand. Die Idee des absoluten Rechtes als eines bleibenden Gutes, das von den Beziehungen, in denen der „Berechtigte" zu den Mitmenschen steht, unabhängig ist, ist nicht zum wenigsten das Product moralisierender Denkart.

Erscheint sonach das Recht als objective Macht wie ein Blitz, der emporleuchtet und verschwindet, so wohnt das Rechtsbewusstsein stets bei den Menschen. Es ist nicht etwa in der Weise vorzustellen, dass es die Menschen schützt wie ein Retter, der in der Stunde der Gefahr ersteht; es gleicht vielmehr dem Schutzengel, der beständig an des Menschen Seite einhergeht und alle Gefahren bannt, die sich etwa erheben könnten. Die constanten Dispositionen wirken fort und fort, immer und überall in den Rechtsunterworfenen, die Motive im Widerstrebenden dagegen zeitlich und örtlich getrennt. Die Beziehungen, die das Rechtsbewusstsein schafft, sind nicht Beziehungen zwischen Recht und Pflicht im strengen Sinn. Und sie sind nicht aus dem Kreise des Lebens scharf ausgeschnittene Lebensbeziehungen zwischen Einzelnen. Die constanten Dispositionen schaffen vielmehr ein Contagium, das Alle erfasst und selbst Diejenigen vereinigt, die Zeit und Raum trennt. Darin aber gleichen einander die beiden so verschiedenen Gebiete, das objective und das subjective Reich des Rechtes, dass sie nur in den Menschen selbst wohnen: die objective Macht als Motiv

jeweils im einzelnen Widerstrebenden, die subjective Macht als dauernde Disposition in allen Rechtsunterworfenen schlechthin. —

Die drei Bestimmungen, die sich für das Recht ergeben haben, betreffen lediglich das Recht als objective Macht.

Alle drei formalen Bestimmungen — die Relations-, die imperativische und die hypothetische Natur des Rechtes betreffend — hängen innerlich zusammen. Das sie einigende Band ist das inhaltliche Moment des Rechtes, seine Function, die Interessen der Menschen zu schützen: Nur wenn ein Interesse bedroht ist, ergeht die Norm (hypothetische Natur des Rechtes); das Recht erschöpft sich in den Normen, denn es ist ausschliesslich Motiv im Verpflichteten (imperativische Natur des Rechtes); das Recht schützt durch die Norm das bedrohte Interesse eines mit dem Verpflichteten in Beziehung stehenden Menschen (Relationsnatur des Rechtes). —

# II. ABSCHNITT.
# Der Begriff der Rechtswidrigkeit.

## § 18. Die Tendenz, zu objectivieren.

§ 18. Die Tendenz, zu objectivieren

Dem naiven Denken ist es eigen, zu objectivieren, zu anthropomorphisieren. Nimmt der Mensch eine Veränderung in der Aussenwelt wahr, so lässt ihn seine Vernunft nach einer Ursache der Veränderung forschen. Das Ereignis erscheint als eine Kraftäusserung, die den Schluss auf die Existenz eines Kraftcentrums gebieterisch fordert. Ist die bewegende Kraft gefunden, so gibt sich die Neugier zufrieden. Kann er jedoch die Quelle nicht entdecken, so tritt die Phantasie in Thätigkeit und schafft aus sich heraus, was nun als die treibende Kraft gilt. Dem Gedächtnis entschwindet, dass die Vernunft, die an der Hand des Causalgesetzes der Kette der Ursachen nachgieng, um zu erkennen, wie sich in ununterbrochenem Gefüge Glied an Glied reiht, in ihrer Erwartung getäuscht einhielt und der Einbildungskraft überliess, die Linie mit einem Schlusspunkt zu versehen. Der Mensch vergisst, dass die letzte Ursache, die sich ihm ergeben, sein eigenes Werk ist. Er hält das Gedankenbild, das er selbst geschaffen, für Etwas, das von ferne kommt und ihm in den Weg tritt. Was er erdacht hat, wird ihm zum Sein.

Es kann nicht Aufgabe der Wissenschaft sein, zu untersuchen, ob dem Gedankenbild, das als letzte Ursache gilt, die Realität zukommt, die ihm beigelegt wird. Denn ihr stehen die Mittel, deren solche Untersuchung bedürfte, nicht zu Gebote. Sie erörtert die Frage als eine transscendente überhaupt nicht und muss sich begnügen, dort nur eine subjective Vorstellung zu erblicken, wo vielleicht in der That übermenschlicher Wille und Kraft gegeben sind.

Die Vergleichung der ethischen Mächte hat ergeben, dass sie alle, als der Gemeinschaft entstammend, in letzter Linie objective Mächte sind, die an den Einzelnen als Fremdlinge herantreten. Die Befehle, aus denen sie bestehen, werden den Einzelnen gleichsam von allen Mitmenschen zugerufen. Das Individuum jedoch

ist sich dieser Quelle nicht bewusst. Moral und Religion, in vieler Hinsicht auch Sitte und Recht, unterlagen ja dem Processe der Verinnerlichung; dadurch wurden die objectiven Mächte subjectiviert. Nicht die Mitmenschen sprechen nunmehr zum Individuum; es schöpft die Befehle aus seinem eigenen Innern: aus dem Gewissen, aus dem Rechtsgefühl.

Zu tief aber ist in dem Menschen der Hang eingewurzelt, die Vorstellungen aus sich herauszusetzen, die subjective Regung zu einer ausser dem Menschen gegebenen Realität zu wandeln. Er lässt die Befehle nicht lediglich seiner Brust entspringen, sondern er verlegt sie nach ausen und denkt sie sich über seinem Haupte schwebend: Die Gottheit, das „Sittengesetz", das „Recht" werden zu befehlenden Instanzen. Ja die Pflicht selbst erscheint nicht mehr als das Resultat der Norm, sondern als ihre Quelle; sie entsteigt dem Innern dessen, der sie fühlend anerkennt, und beginnt ein objectives Dasein: „Die Pflicht gebietet".

Dieses Hinneigen zu metaphysischer Denkweise bewährt sich in der volksthümlichen Auffassung des Abstracten. Der Mensch, der vermöge seiner geistigen Organisation zu verdinglichen strebt — ein Streben, das die Sprache fördert, da sie in letzter Linie immer Bildersprache ist —, übersieht, dass Vieles, wovon er spricht, nur in seinem Bewusstsein als Einheit gegeben ist. So wenig, als die Pflicht ein reales Ding ist, und so wenig sie gebietet, so wenig gebietet auch die „Moral", die „Religion", das „Recht". Nur die Thatsache, dass Pflichten anerkannt werden, dass Gebote ergehen, führt dazu, die Gebote zusammenzufassen und von Moral, Recht u. s. f. zu sprechen. Alle diese erlassen nicht Gebote, sondern sie bestehen aus Geboten. Wer die Gebote streicht, streicht die angeblich Befehlenden selbst.

In dreifacher Hinsicht weicht in der Denkweise des Menschen die psychologische Natur des Rechtes der verdinglichenden Tendenz:

1. Man denkt sich das Recht in abstracto als eine neben den Menschen gegebene compacte Einheit, sei es als befehlende Instanz, sei es als Gegenstand der Betrachtung. Den Römern, so denkt man, befahl „das Recht" dieses, heute befiehlt es jenes. Als Gegenstand der Betrachtung denkt man sich das Recht als Einheit, die neben den Einheiten: Moral, Religion gegeben ist. Erst die Wissenschaft weist darauf hin, dass „das Recht kein Dasein für sich hat, sein Wesen vielmehr das Leben der Menschen selbst ist" (Savigny).

2. Man denkt sich das Recht in concreto, als positive Rechtsordnung gedacht, als über den Menschen stehend. Der „Staat" erscheint gleichsam als ein Gewölbe, das sich über den Menschen

erhebt. Der Einzelne wird nicht nur in Beziehung zu seinen Nebenmenschen gesetzt, sondern zu einer übergeordneten Macht. An die Stelle des Rechts und des Links, des Nebeneinander der Menschen, tritt ein „Oben", an die Stelle der Vielheit der Menschen die Einheit einer höheren Macht. So scheint sich, wer pflichtwidrig handelt, nicht an den Mitmenschen, sondern am „Staate", an der „Rechtsordnung" zu vergehen. Und wie schwer ist die Vorstellung zu bannen, als existierte ein als Einheit gegebenes objectives Recht neben den subjectiven Rechten! Freilich existiert der Staat, die Rechtsordnung; aber sie existieren nicht als eine reale, in sich beruhende geschlossene Einheit. Es bilden nur gewisse in dem Leben der Menschen gegebene Erscheinungen das reale Substrat, von welchem man ausgeht, wenn man von einem Staate, einem Rechte spricht, und nur gewisse in ihnen wiederkehrende gleichartige Momente gestatten, das Vielheitliche unter einem einigenden Gesichtspunkte im Bewusstsein zusammenzufassen.

3. Der Hypostasierung nach oben entsprechend construiert der menschliche Geist auch Objecte, Realitäten auf dem empirischen Boden. Er bringt sich nicht zum Bewusstsein, dass das Recht ausschliesslich in Beziehungen zwischen Menschen besteht; er zerschneidet vielmehr das Band der Relation. Berechtigtsein und verpflichtetsein heisst darnach nicht mehr: in einer bestimmten Beziehung stehen, sondern: eine immanente Eigenschaft haben. In sechsfacher Weise wird solcher Art das subjective Recht und demgemäss auch die Rechtswidrigkeit objectiviert:

a) Das Recht heftet sich an die Person des Berechtigten, und zwar in dreierlei Hinsicht:

*α*) Die Person wird „an sich" berechtigt. Die Pflicht, die richtigerweise correspondieren sollte, und in deren Bestehen sich das Recht erschöpft, fällt, das Recht, das zugleich mit ihr fallen müsste, bleibt bestehen. Es wird zum dauernden Begleiter der Person. Als „angeborenes Recht" steht es dem Menschen von der Stunde seiner Geburt an zur Seite, als „dingliches Recht" ist es das Recht der Person „an ihren Sachen", ein Recht, das so lange dauert, als ein gewisser Einfluss auf die Sache gegeben ist. Leben, Gesundheit, Freiheit u. s. f. sind „Rechtsgüter", so lange der Mensch lebt. Wo immer er ist, in welcher Situation immer er sich befindet, das „Rechtsgut" ist mit ihm. Ja das Recht bleibt sogar bestehen, wenn ein anderes, direct widersprechendes Recht gegenübertritt.

*β*) Die Person erscheint als das Centrum einer „Rechtssphäre", der gleichsam räumliche Ausdehnung zugeschrieben wird. Wie Mephistopheles mit seinem Degen einen Kreis beschreibt, dessen

Peripherie Niemand überschreiten darf, so zieht das Recht um den Menschen einen „Rechtskreis". Wer immer über die Grenze tritt, verstösst gegen dieses Recht: ein Mensch, ein Thier, eine Lawine. So sagt Hertz, Unrecht, S. 3: „Geht man davon aus, dass das Recht unsere Interessensphäre in einem bestimmten Umfange vor Verletzungen schützen will, so ist bereits mit jeder innerhalb des Rechtsschutzgebietes liegenden Verletzung ein dem Rechte widersprechendes Ereignis gegeben."

γ) Das Recht bezieht sich ausschliesslich auf die Innerlichkeit des einzelnen Menschen, ohne auf die Nebenmenschen hinzuweisen. Die Rechtswidrigkeit ist nicht Attribut einer auf einen Berechtigten gerichteten Handlung, sondern Eigenschaft eines rein psychischen Processes. „Rechtswidrig — sagt Bierling, Jur. Pr. I, S. 178 — ist schon der blosse Wille, der sich wider eine Rechtsnorm richtet, selbst wenn er zu keinem entsprechenden rechtswidrigen Thun führt." Damit fällt aber die Relationsnatur des Rechtes.

b) Das Recht heftet sich an die Sache des Berechtigten, sei es, dass es sich als der von der Rechtsordnung „bejahte Wille" „in das Object legt" (Hegel, Berner), oder dass die Sache zum „Rechtsgute" wird. Ungeachtet der Beziehungen zu anderen Menschen bleiben die Sachen eines Menschen Rechtsgüter. Jede Einwirkung auf sie ist „Rechtsgüterverletzung": mag der Arzt den kranken Körper durch seine Einwirkung gesund machen, mag der Staat den Verbrecher der Freiheit berauben — und welcher von Beiden wäre dem „Berechtigten" gegenüber verpflichtet, sich der Handlung zu enthalten? —: ihre Handlungen sind wider ein „Recht". „Rechtswidrig — sagt Binding, Hdb. I, 738 — ist der Angriff insoferne, als sein Ziel die rechtlich geschützte Existenz ist. . . . Rechtwidrig bezeichnet die Richtung, nicht die Deliktsqualität des Angriffs."

Auch die Pflicht legt sich in die Sache. Jhering construiert die rechtliche Stellung der hereditas iacens als „objective Gebundenheit" der Sache. In gleicher Weise erklärt er die res publicae als mit „juristischer Widerstandskraft" versehene Sachen. „Das Rechtsverhältnis ist die Form, in der das Recht . . . Einfluss auf die Aussenwelt ausübt, es ist das vom Gesetz anerkannte und geschützte Verhältnis der Zweckbestimmung des Rechtsgegenstandes (einer Person oder Sache) für einen bestimmten durch den Begriff des betreffenden Rechts fixierten Zweck. Diese Zwecksbestimmung ist aber nicht ein blosses Soll . . . ., sondern diese Zweckbestimmung gestaltet sich für sie (die Person oder Sache) durch die widerstandslos sich vollziehende Macht des Gesetzes zu einem immanenten Ge-

setz oder Moment ihrer selbst, zu einer unzerstörbaren, rechtlichen Eigenschaft. . . So wie das Recht seinem Subject die Qualität verleiht, Rechtssubject zu sein, so seinem Object die Qualität, den Zwecken des Subjects dienstbar zu sein." Jhering citiert sich hiebei auch selbst: „Bei den res publicae wurde die Bestimmung derselben für den allgemeinen Gebrauch in derselben Weise . . . erwirkt. Auch bei ihnen nämlich verlegte man das Recht, welches dem Subject (allen Bürgern) zugedacht, aber als solches nicht zu construieren war, in die Sache hinein." Nunmehr will Jhering solche Verlegung des Rechts in die Sache nicht mehr zur Erklärung der res publicae verwenden, da er als Rechtssubjecte alle Bürger betrachtet. Dagegen wird jetzt die Pflicht in die Sache gelegt: „Es entsteht die Objectivierung des Rechtszweckes vermittelst entsprechender Qualification der Sache", die Sache erhält hiedurch „eine dauernde Form", die Gebundenheit der Sache erscheint „als eine mit ihr unzertrennlich verbundene unabänderliche Qualification." Damit ist an die Stelle der Relation die Qualität getreten. (Vgl. Jhering, Passive Wirkungen der Rechte, Jahrb. f. Dogm., Bd. X, S. 392 ff, 398, Note 7, ff).

c) Die Rechtswidrigkeit verkörpert sich in der äusseren Handlung: die Muskelbewegung, die Verschiebung der Objecte im Raume wird rechtswidrig, unbekümmert darum, wer sich bethätigt, und in welcher Situation sich der Thäter befindet. So sagt Schmidt, Arzt, 56: „Die verbotene Veränderung des fremden Körpers behielte . . . ihre im Durchschnitt rechtswidrige Eigenart . . .", und Schaper (Holtzendorff, S. 144): „Die Form des Auftretens muss die Rechtswidrigkeit dergestalt in sich enthalten . . . ." Damit nähert sich die rechtliche Beurtheilung der ästhetischen; sie ergreift das Sinnenfällige. Ob hiebei einer Pflicht zuwidergehandelt wird, ob überhaupt eine Rechtsbeziehung besteht, ist gleichgiltig. Das Unrecht wird „unbefangen" (Hegel).

d) Die Rechtswidrigkeit legt sich in den Zustand, mag dieser Zustand

α) durch die Bethätigung eines Menschen herbeigeführt, oder

β) Resultat einer blossen Ereignung sein.

Vor der Verletzung liegt im Zustand das Recht, nach ihr die Rechtswidrigkeit. Die Rechtswidrigkeit wird damit zur Wirkung der Ereignung. „Verletzt werden" — sagt Hertz (Unrecht 56) — „kann das subjective Recht in diesem Sinne. Denn mit der Vernichtung meiner Sache erlischt z. B. auch das Eigenthumsverhältniss".

e) Die Rechtswidrigkeit legt sich in das Product der Thätigkeit. Die hervorgebrachte Sache wird selbst rechtswidrig und sollte

als solche gar nicht existieren. Die Folge hievon ist, dass eine Einwirkung auf sie, die sonst verboten wäre, überhaupt nicht oder nur geringer gestraft wird. So rechtfertigt Kant die mildere Strafe des Mordes an einem unehelichen Kinde damit, dass das Recht, „(weil es [scil. das Kind] billig auf diese Art nicht hätte existiren sollen) mithin auch seine Vernichtung ignoriren kann". (Rechtslehre 186.)

f) Das subjective Recht wird völlig selbständig, ein einheitliches Ding, dem Realität und Dauer zukommt, das entsteht, wächst, sich verändert. Nach Leonhard, Grünhut, Bd. X, S. 8, ist es eine „sinnlich wahrnehmbare Thatsache". Jhering (Jhrb. f. Dogm. Bd. X, S. 460) spricht von einem „in der Bildung begriffenen Recht", vom „Entwickelungsprocess werdender Rechte", womit subjective Rechte gemeint sind. Es ist merkwürdig, dass Zitelmann solcher Verdinglichung das Wort redet, obgleich er sehr wohl weiss, dass solche Auffassung eine zwar plastische, sinnliche, aber doch wissenschaftlich nicht unanfechtbare ist, was sich am Besten darin zeigt, dass sie sogar Jhering verleitet, sich mit einer Construction zu begnügen, die nur mit Analogien operiert und keine Erklärung gibt. Denn es ist klar, dass sich z. B. ein Weg, der der allgemeinen Benützung übergeben wird, oder ein Trinkgefäss, das man dem öffentlichen Gebrauch widmet, hierdurch nicht im geringsten in seiner substantiellen Qualität ändert; dass die „Gebundenheit" der Sache lediglich Relation von Menschen ist. Es wird bloss Niemandem verboten, sie bestimmungsgemäss zu verwenden, dagegen Jedermann, der zur Verletzung disponiert wäre, bestimmungswidriger Gebrauch untersagt. Zitelmann meint: „Wie wir den Raumteil, der sich durch eine Reihe aus- und eingehender Wirkungen auszeichnet, als Körper erfassen, so verdichten wir auch die durch eine Reihe ihrem Inhalt nach zusammengehöriger Rechtsnormen normirte Stellung der Person zu einem subjectiven Recht: dieses subjective Recht erfassen wir nun ebenfalls völlig mit dem sinnlichen Objectsbegriff". (Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 201.) Es bleibe hier dahingestellt, ob es practisch ist, das dingliche Recht, das Zitelmann hier jedenfalls im Auge hat, so zu erfassen. Gewiss geht es nicht an, ein Forderungsrecht als Product einer „Verdichtung" anzusehen. Denn es ist nur eine Norm, die es statuiert. Und wenn es Zitelmann für unbedenklich, ja geboten hält, dass „wir diese einzelnen concreten als Dinge gedachten Rechte gerade so wie die Körper selbst mit der Kategorie der Causalität auffassen", und dass man von „juristischer Causalität" „ganz nach Analogie der natürlichen Causalität" spricht (Irrtum, S. 202, 221, 225), so ist auf die Verwirrung hinzuweisen, die solche

Auffassung in der Lehre von der Rechtswidrigkeit angestiftet hat (siehe unten § 33). — Besonders deutlich wird die Objectivierung des Rechtes, wenn manche Schriftsteller zwei subjective Rechte kämpfend einander gegenübertreten lassen, deren eines das andere „überwindet".

Alle die angegebenen Arten der Objectivierung werden im 3. Abschnitte eingehend dargelegt werden. Jetzt sei nur der Deutlichkeit halber hervorgehoben, dass das Recht hier lediglich als objective Macht veranschlagt wird, da es sich bloss um die Construction in abstracto handelt. Die dauernd wirkende subjective Macht des Rechts schafft nothwendig die Vorstellung von constanten Rechten, denn sie schafft dauernde Beziehungen. Der rechtliche Schutz, den sie gewährt, ist ein ununterbrochener. Er liegt selbst dann vor, wenn das Recht als objective Macht ihn entzieht.

Sobald für die objective Seite festgestellt ist, dass Berechtigtsein nur heisst: Zu Jemandem in Beziehung stehen, der zu pflichtwidriger Bethätigung disponiert ist, kann man von constanten Rechten, die dauernd zustehen, ohne dass man die Beziehungen zu den Mitmenschen in Anschlag bringt, nicht sprechen. Man würde sonst die Relation zur Qualität wandeln. Das Auseinanderhalten der Dauerrechte — wie sie kurz genannt sein mögen — und der Rechte, die lediglich in Beziehungen zu pflichtwidrig Disponierten bestehen, ist vielleicht die schwierigste Unterscheidung, die die Trennungsmethode mit sich führt. Sie ist aber, wie zu zeigen versucht werden wird, nothwendig. Man muss sich nur vor allem der Vorstellung entschlagen, als sei das Recht ein Dürfen.

Das Selbständigsetzen des subjectiven Rechtes kann insoferne nicht als unrichtige Vorstellung bezeichnet werden, als der Mensch vermöge seiner psychischen Anlage jede gedankliche Einheit nothwendig als Substanz denkt. Es ist aber unzulässig, dem „Ding" Realität beizulegen, indem man es als neben den Menschen und den Dingen gegeben ansieht und als den Schauplatz causaler Veränderungen betrachtet. Der Jurist muss wissen, dass Ausdrücke wie: das Recht entsteht, vergeht, wächst, verwandelt sich, bildliche Ausdrücke sind, die nicht als Grundlage von Argumentationen dienen können. Die Erklärungen, die mit „unwirksamen", „lahm gelegten" Rechten u. dgl. operieren, geben niemals einen befriedigenden Aufschluss.

Der logische Fehler, der den Objectivierungen zu Grunde liegt, ist die Verwechslung von Relation und Qualität. Berechtigtsein heisst: in einer gewissen Beziehung stehen, nicht aber: mit einem Ding oder einer Eigenschaft versehen sein. Wäre das Berechtigtsein Ding oder immanente Qualität, so könnte es nicht zur selben Zeit sein und nicht sein; es könnte Niemand in einem gegebenen Moment in Bezug auf dieselbe Sache und dasselbe Interesse zugleich

berechtigt und nicht berechtigt sein. Der Verbrecher, der zum Schaffot geführt wird, ist in seinem Interesse zugleich geschützt und nicht geschützt, zugleich berechtigt und nicht berechtigt. Er ist nicht geschützt, nicht berechtigt gegenüber dem Henker, er ist es aber allen Anderen gegenüber, die etwa disponiert wären, ihn zu tödten. Nennt man das Leben Rechtsgut, so verwirrt man eben gerade hierdurch das Denken, weil das Wort Gut die Vorstellung erweckt, als handle es sich um ein bleibendes, dauerndes Recht im Sinne eines „Dinges" — es wäre denn, dass man den Körper des Verurtheilten, das sicht- und greifbare Ding ein „Rechtsgut" nennt, eine Bezeichnung, die allerdings an sich richtig, aber ebenso unnöthig und nichtssagend, als verwirrend ist. Versteht man aber unter Rechtsgut das in der That, im einzelnen Falle „rechtlich geschützte Interesse" — wobei es dahingestellt bleiben mag, ob diese Benennung überhaupt einen Zweck hat —, dann ist das Interesse des Verurtheilten an seinem Leben dem Henker gegenüber nicht Rechtsgut, wohl aber allen Anderen gegenüber, die es antasten möchten; der Henker begeht mithin keine Rechtsgüterverletzung. Der Verurtheilte hat nicht ein Recht darauf, dass der Henker ihn nicht tödte. Der Henker ist nicht verpflichtet, ihn nicht zu tödten, sondern er ist gerade im Gegentheil verpflichtet, ihn zu tödten.

Und Pflicht ist im streng-formalen Sinne immer nur Motiv im Widerstrebenden. Solange etwa der Diener, der die Wohnung seines Herrn beaufsichtigt, gar nicht daran denkt, dass er sich irgend einen Gegenstand aneignen könnte, bestehen zwischen ihm und dem Herrn nur diejenigen constanten Beziehungen, die das Resultat des Wirkens des Rechtsbewusstseins, der moralischen und religiösen Vorstellungen sind. Hätte es ja doch auch keinerlei Sinn, ihn, solange er eine Verletzung nicht im Schilde führt, daran zu mahnen, dass es seine Pflicht sei, sich der Verletzung zu enthalten. Erst in dem Momente, da sich in ihm die Disposition regt, eine Unterschlagung zu begehen, tritt das Recht als objective Macht auf den Plan, ergeht die sanctionierte Norm, und associiert sich die Vorstellung des angedrohten Uebels, dessen Inaussichtstellung die Interessen des Gefährdeten zu schützen berufen ist. Nunmehr erst ist eine Rechtsbeziehung im strengen Sinne entstanden.

Freilich lassen sich, wie betont, die beiden Seiten des Rechtes, die innerlich und die äusserlich wirkende Macht, nicht mit mathematischer Präcision von einander scheiden. Es ist aber nothwendig, sie isoliert zu betrachten, damit begrifflich auseinandergehalten

werden kann, was einer Einreihung in das System überhaupt zu widerstreben scheint. —

Die folgenden Erörterungen sollen nun den Begriff der Rechtswidrigkeit feststellen und den Begriff der objectiven Rechtswidrigkeit durch Darlegung der Wege, auf denen die verschiedenen Schriftsteller zu ihm gelangt sind, als nichtig erweisen. Bevor jedoch an diese Aufgabe geschritten werden kann, erübrigt noch eine kurze Besprechung der Begriffe des dinglichen Rechtes und der juristischen Person.

So ferne auch die beiden Probleme der Aufgabe dieser Schrift zu stehen scheinen, ist ihre Behandlung, wie betont, desungeachtet erforderlich. Die Besprechung soll zuvörderst die zur Anwendung gebrachte Methode als fruchtbar und nothwendig darthun, und sie soll Einwendungen zuvorkommen, die späteren Darlegungen entgegengesetzt werden könnten. Ueberdies ist sie bestimmt, Vorfragen zu erledigen, die im besonderen Theile, der dem II. Bande vorbehalten bleibt, von Bedeutung werden, Vorfragen, die, als dem Gebiete des allgemeinen Theiles angehörig, im I. Bande abzuhandeln sind.

Die bisherigen Erörterungen giengen von der Erkenntnis aus, dass das Recht als eine geistige Function nur in den Menschen gegeben ist, und dass es, als für das Zusammenleben der Menschen bedeutungsvoll, immer in Beziehungen zwischen Menschen besteht. Real gegeben sind immer nur die einzelnen Menschen. Soll nun die Rechtswissenschaft mehr sein, als scholastische Begriffsjurisprudenz, soll sie das Seiende erklären, so muss sie diejenigen concreten Thatbestände aufweisen, die sie als vorhanden annimmt, wenn sie von subjectiven Rechten und von Rechtswidrigkeit spricht. Und da diese concreten Thatbestände eben immer in Beziehungen zwischen einzelnen Menschen bestehen, müssen alle Rechtsbegriffe, in denen das Moment der Beziehung zwischen einzelnen Menschen nicht unmittelbar zum Ausdruck gelangt, erst analysiert, zerlegt, auf Beziehungen zwischen Menschen reduciert werden.

Die drei Begriffe: Dingliches Recht, juristische Person, objective Rechtswidrigkeit ähneln einander darin, dass in ihnen das Moment: Beziehung zwischen einzelnen Menschen, zunächst nicht zum Ausdruck kommt. Das dingliche Recht erscheint vorerst als Recht „an der Sache", als eine Beziehung eines Menschen zu einer Sache. Nur unter gewissen Bedingungen soll es nach der gangbaren Ansicht „actuell" werden, d. h. eine Beziehung zu einem Menschen schaffen. Die juristische Person, also ein Rechtssubject, das nicht ein ein-

zelner Mensch ist, erscheint zunächst, nachdem immer nur einzelne Menschen real gegeben sind, als eine Beziehung zwischen einem Menschen und einer Abstraction, oder zwischen zwei Abstractionen. Die objective Rechtswidrigkeit hat sich als ein Begriff herausgestellt, der zum Theile dadurch gewonnen wurde, dass man ausseracht liess, dass das Recht immer in Beziehungen bestehe. Die nähere Untersuchung der drei Begriffe soll ergeben, dass der Begriff der objectiven Rechtswidrigkeit unrichtig, nichtig ist, dass ein Ding, Zustand, äusserer Vorgang oder dgl. nicht existiert, von dem man behaupten könnte, er sei rechtswidrig. Dagegen werden sich die Begriffe: Dingliches Recht und juristische Person nicht als unrichtige Begriffe herausstellen, mit denen die Wissenschaft nicht operieren dürfte, sondern als ganz zutreffende Begriffe. Nur wird versucht werden, zu zeigen, dass sie complicierte Begriffe sind, die das Moment der Beziehung zwischen einzelnen Menschen zunächst nicht zu enthalten scheinen, dass sie daher, da ja die Wissenschaft nicht im Unklaren darüber sein darf, welchen Inhalt die Begriffe haben, mit denen sie operiert, erst zerlegt, analysiert werden müssen. Erst die Analyse kann ergeben, ob die Begriffe nicht in der That der Lehre widersprechen, dass das Recht aus Beziehungen besteht. Erst die Aufzeigung dieser Beziehungen vermag den Unkundigen zu belehren, was er unter einem dinglichen Recht und einer juristischen Person zu verstehen habe. Denn kein Laie würde klüger werden, wenn man ihm etwa sagte, dass ein dingliches Recht eine Beziehung zu einer Sache in Bezug auf andere Menschen ist, und dass ein Mensch in Beziehung zu einer Abstraction stehe, zwei zunächst völlig unbegreifliche Lehren, die nichts klarstellen, sondern selbst erst einer Klarstellung bedürfen. Erst die Synthese vermag endlich festzustellen, welche Gedankenprocesse zu diesen Begriffen leiten. Und erst dann sind diese Begriffe ihrem Gehalte nach klar: denn erst dann sind die diese Begriffe constituierenden Merkmale fixiert.

Weder der Begriff dingliches Recht, noch der der juristischen Person sollen damit geleugnet werden; im Gegentheil: dadurch, dass sich — wie zu zeigen versucht werden wird — die beiden Begriffe auf Beziehungen zwischen einzelnen Menschen zurückführen lassen, erweisen sie sich als richtige, nur eben compliciertere Begriffe. Umgekehrt lässt sich der Begriff der objectiven Rechtswidrigkeit auf Beziehungen nicht zurückführen: daher hat er als falsch zu gelten.

Gerade die Literatur der letzteren Jahre hat der Erkenntnis der beiden Begriffe des dinglichen Rechtes und der juristischen

Person in bedeutsamer Weise vorgearbeitet. Die starke Betonung der Relationsnatur des Rechtes machte es — wenigstens den meisten Schriftstellern — unmöglich, an den Lehren festzuhalten, dass das dingliche Recht im Gegensatz zum obligatorischen nicht in einer Beziehung zwischen Person und Person, sondern in einer Beziehung zwischen Person und Sache bestehe; dass die juristische Person eine Fiction sei.

Die Zerlegung soll, wie betont, ergeben, dass diese Begriffe Producte synthetischer Zusammenfassung sind. Erweisen sie sich in der That als solche, dann ergibt sich nothwendig, dass aus ihnen schlechterdings nichts deduciert werden kann, da sie ja nichts enthalten, was nicht früher in sie eingebracht worden wäre.

Jellinek widerstrebt der Analysierung der Begriffe principiell. Er erkennt zwar an, dass „unter dem Gesichtspunkte theoretischer Erkenntnis selbstverständlich in allen Fällen nur Einzelindividuen vorhanden sind, die sich in mannigfachen Beziehungen zu einander und gegenseitig verursachten Zuständen befinden. Allein — so heisst es weiter — weder für das praktische Leben, noch für das durch und durch praktische Recht hat diese Erkenntnis den geringsten praktischen Werth, d. h. jene Einheiten werden dadurch für das menschliche Zweckbewusstsein nicht aufgehoben" (System 24). Nicht aber den „praktischen" Werth soll die Analyse haben, dass „die Einheiten aufgehoben" werden; die Einheiten sollen vielmehr nur theoretisch erklärt werden. Und hierzu bedarf es ihrer Zurückführung auf die letzten rechtlichen Einheiten. Jellinek imputiert demjenigen, der einen Begriff analysieren will, unablässig, dass er damit den Begriff als solchen negiert. So wenig aber Lavoisier das Dasein des Wassers negierte, als er feststellte, dass es nicht letzte chemische Einheit, Element, sondern seinerseits aus Elementen zusammengesetzt sei, so wenig negiert logische Analyse den Begriff. Es ist vielmehr für den Juristen ebenso nothwendig, als für den Chemiker, zu wissen, wie die Einheiten beschaffen sind, mit denen er operiert. Solche Analysen verwehren wollen, heisst wissenschaftliche Forschung überhaupt verwehren wollen. Dass sich Jellinek gerade dadurch, dass er solcher Analyse widerstrebt, den Weg versperrt, der zum Begriff der juristischen Person führt, wird unten (§ 20) zu zeigen versucht werden. Nicht die „teleologische Einheit" ist die letzte juristische Einheit, sondern der Mensch, und zwar der Durchschnittsangehörige der Rechtsgemeinschaft mit seinen Durchschnittsinteressen. Es widerspricht auch der Lehre, dass das Recht die Form des Lebens der Menschen ist, wenn man darauf besteht, dort von einer letzten rechtlichen Einheit zu sprechen, wo in der That ein ganzer Complex der verschiedenartigsten Lebens-

beziehungen vorliegt. Besteht das Recht, wie Jellinek selbst zugibt, wesentlich in Beziehungen zwischen einzelnen Menschen, so kann es nicht nur nicht verwehrt sein, eine rechtliche Einheit, die thatsächlich nicht einfache, sondern synthetische Einheit ist, zu analysieren, sondern sie muss analysiert werden, damit sich das Recht als Form des Lebens bewähren könne.

Vollends wird sich zeigen, dass erst eingehende Analyse feststellen kann, dass der Begriff der juristischen Person ein völlig verschiedener ist, je nachdem es sich um die Beziehung eines Verbandes zu einem seiner Mitglieder oder zu einem Aussenstehenden handelt.

Die nächsten zwei Paragraphen sollen kurz darzustellen versuchen, wie solche Zerlegung gedacht werden kann. Sie werden nur das dingliche Recht und die juristische Person als „Genossenschaft" behandeln. Der Einfachheit halber wird von dem „absoluten Recht" und dem Begriffe der Anstalt — der, wie Jellinek richtig bemerkt, noch nicht ganz geklärt ist — abgesehen werden. Hieran reiht sich endlich die Entwickelung des Begriffes der Rechtswidrigkeit, worauf im 3. Abschnitte die Critik des Begriffes der objectiven Rechtswidrigkeit folgt.

## § 19. Das dingliche Recht.

§ 19. Das dingliche Recht

Es hat sich im Bisherigen ergeben, dass das dingliche Recht dem obligatorischen nicht in der Weise gegenübergestellt werden darf, dass der dinglich Berechtigte in einer Rechtbeziehung zu einer Sache, der obligatorisch Berechtigte in einer Rechtsbeziehung zu einer Person steht. Denn alles Recht ist Beziehung zwischen Menschen. Auch darin kann der Unterschied nicht liegen, dass — wie Sohm, Grünhut, Bd. IV, S. 457 f. annimmt — das Sachenrecht ein Recht ist, „selbst zu handeln", das persönliche ein Recht, „dass ein Anderer handelt". Denn jedes Recht geht darauf, dass ein Anderer handelt oder unterlässt. Und welches Recht, „selbst zu handeln", hätte der Handlungsunfähige oder der Inhaber einer nuda proprietas?

Die Sachen sind für das Recht überhaupt von ganz untergeordneter Bedeutung. Das Recht schützt nie Sachen oder „Güter", sondern immer nur Interessen, und zwar nicht Interessen an Sachen, sondern Interessen an Handlungen oder Unterlassungen anderer Menschen. Nur als Substrat einer Rechtsbeziehung kann eine Beziehung zwischen Mensch und Sache in Betracht kommen, und das ist eben nicht immer, sondern nur dann der Fall, wenn das rechtlich geschützte Interesse gerade an einer solchen Handlung oder Unterlassung besteht, die auf eine körperliche Sache Bezug

hat. Die Beziehung zur Sache ist niemals Rechtsbeziehung, sondern „ein rein wirtschaftlicher Begriff: der rechtliche Schutz erscheint in Bezug auf das Gut nur als ein seine Gutseigenschaft verstärkendes Moment". (Schlossman, Vertrag, S. 259.)

Und weil eben das Recht unmittelbar nur Interessen an Handlungen oder Unterlassungen anderer Menschen schützt, und weil es sonach andere subjective Rechte, als Rechte darauf, dass ein Anderer handelt oder unterlässt, nicht gibt, Rechte auf Handlungen oder Unterlassungen aber als obligatorische Rechte bezeichnet zu werden pflegen, sind alle Rechte, genau besehen, obligatorische Rechte.

Daraus ergibt sich, wie bereits hervorgehoben (oben S. 127), ein Conflict mit dem dinglichen Rechte. Und es entsteht die Frage: Ist die Eintheilung in dingliche und obligatorische Rechte haltbar, wenn alle Rechte obligatorische Rechte sind? Und es hat sich derselbe Conflict bezüglich der Eintheilung in absolute und relative Rechte ergeben, als festgestellt wurde, dass alles Recht wesentlich relativer Natur sei, d. h. in Beziehungen zwischen Menschen, und ausschliesslich zwischen Menschen besteht. Es empfiehlt sich, an diese Frage vorurtheilsfrei heranzutreten. Man darf nicht von vorneherein den Standpunkt einnehmen, dass dingliches und obligatorisches Recht unversöhnliche Gegensätze seien, die durchaus durch die Kluft eines qualitativen Unterschiedes von einander getrennt sind. Binding meint gegen Thon: „Es leuchtet sofort ein, dass der Gegensatz zwischen dinglichen und obligatorischen Rechten wieder lediglich zu einem quantitativen zusammenschrumpft, dass also Thon nicht nur jeden wesentlichen Unterschied zwischen dinglichen und obligatorischen Rechten aufhebt, dass es für ihn also nur eine Art von Privatrechten gibt" (K. V. S., Bd. XXI, S. 577). Binding erscheint es geradezu als eine Verwegenheit, dem dinglichen Rechte eindringende Fragen vorzulegen. Aber es fragt sich: Woher weiss denn Binding, dass es gerade nur einen „qualitativen" Unterschied zwischen dinglichen und obligatorischen Rechten gibt? Ist es denn nicht von vorneherein klar, dass die dinglichen und die obligatorischen Rechte ein gemeinsames Merkmal haben müssen, wenn es möglich sein soll, sie beide unter den Oberbegriff „subjectives Privatrecht" zu bringen? Binding's Aufstellungen über den Begriff des dinglichen Rechtes sind denn in der That höchst bedenklich; was auch nicht Wunder nehmen kann, da Binding den Begriff des subjectiven Rechtes überhaupt nicht allgemein festzustellen versucht. Es geht nicht an, ohne ein bestimmtes Princip da und dort aus der Fülle der Erscheinungen des Rechtslebens

Etwas herauszugreifen und als subjectives Recht auszugeben. So steht es für Binding a priori fest, dass das „Wahlrecht" ein subjectives Recht ist (Normen I, 107) — eine Annahme, die viele Staatsrechtslehrer entschieden bestreiten. So sagt z. B. Jellinek (System 131): „Der ganze Vorgang der Wahl ist ausschliesslich durch objectives Recht geregelt, aus dem für Niemand ein subjectives Recht sich ableitet". Ferner nennt Binding „das Interesse des auswärtigen Amtes an wahrheitsgetreuer Berichterstattung" ein „subjectives Recht", (ibid. 363), während es doch nicht möglich ist, das subjective Recht einmal als Dürfen, das andere Mal als Interesse zu bezeichnen. Auch wird an der letztgenannten Stelle übersehen, dass die Frage, ob Aemter und Behörden juristische Personen sind, im Staatsrechte sehr controvers ist. „Das Eigenthum — wird weiters gelehrt — muss begrifflich vor den Normen bestehen, durch die es geschützt werden soll: behaupten, dass die Schutznormen für das Eigenthum dasselbe begründen könnten, heisst die Dinge einfach auf den Kopf stellen" (ibid. 571). Bereits hier rächt sich die Verwechslung des subjectiven Rechtes mit dem Thundürfen. Denn nur als solches könnte es vor den Normen bestehen. Dieses „Eigenthum", von dem hier die Rede ist, ist eben noch nicht das Eigenthumsrecht. Wäre es das Eigenthumsrecht, also richtigerweise: Macht, die das Interesse schützt, so könnte Binding nicht sagen: „Das Recht schützt nur Rechte und Rechtsgüter" (ibid. 363). Man würde ihm sonst den gewiss nicht beabsichtigten Widersinn imputieren, dass das Recht die Interessen durch Rechtsschutz zu Rechten erhebt und diese dann noch einmal schützt. Das vor den Normen bestehende Eigenthumsrecht im Sinne Binding's entsteht nach Binding durch „berechtigenden Rechtssatz", der eben nichts Anderes als eine „Gewährung" oder Erlaubnis ist. Binding erkennt richtig, dass durch Normen, die an Andere gerichtet sind, eine Erlaubnis für den Eigenthümer — richtig wäre, zu sagen: wirtschaftlichen Inhaber — nicht entstehen kann. (Dass damit die Entstehung der Rechte durch Normen geleugnet wird, scheint für Binding selbstverständlich, da er das Recht als Erlaubnis fasst, was aber eben nicht zutrifft.) Er muss daher neben den Normen, von ihnen „aufs schärfste" getrennt, Erlaubnisse einhergehen lassen, die sich an den „Eigenthümer" richten (Hdb. I, 157). Solche Rechtssätze neben den Normen anzunehmen, wird Binding allerdings nur dadurch möglich, dass er, wie oben § 10 dargelegt, das papierne Gesetz mit dem geltenden Recht verwechselnd, die Imperativen-Theorie bekämpft. Man hat weiters Binding sehr zutreffend darauf aufmerksam gemacht, dass ein Recht durch Erlaubnis nicht ent-

stehen könne, und dass eine Erlaubnis ja gar nicht nöthig sei, damit Jemand etwas thun darf. Mit Recht sagt Lenel (Exceptionen, S. 3 f.): „Eine wirkliche blosse staatliche Erlaubnis . . . wäre für den Berechtigten gänzlich wertlos; denn daraus, dass ich nach dem Willen des Staats etwas thun darf, folgt noch durchaus nicht, dass der Staat entschlossen ist, mich bei diesem Thun gegen den Widerstand Anderer zu schützen — gerade hierin aber liegt das Wesen des Rechts". Dieser Schwierigkeit kann Binding eben dadurch nicht entgehen, dass er auf die „unschöne Verwechslung von erlaubt und unverboten" hinweist (Normen I, 105). Es wird sich ausserdem unten S. 284 ff. zeigen, dass es allerdings einen Unterschied zwischen „erlaubt" und „unverboten" gibt, dass er aber gerade für das Recht nicht in Betracht kommt. Vollends aber ist es ein Irrthum, wenn Binding meint, die Entstehung des Rechtes aus den Normen ad absurdum führen zu können. Denn er legt hierbei sein subjectives „Gehorsamsrecht", „Recht auf Botmässigkeit" unter, als wenn dieses allgemein anerkannt würde. Zudem soll dieses Recht für den Befehlenden durch den Befehl selbst entstehen: „Das Recht auf Befolgung der Normen kann allein ihrem Urheber zustehen. Regelmässig — und dieser Fall sei hier allein berücksichtigt — ist dies der Staat. Dieses Recht entsteht mit dem in Krafttreten der Norm". Wieso aber Jemand dadurch ein Recht erwerben soll, dass er befiehlt, also eine Machtäusserung vornimmt, ist unerklärlich. Und wenn nicht Jeder, der befiehlt, eben dadurch ein Recht erwirbt, so müsste doch gesagt werden, unter welchen Umständen ein solches Recht entsteht: etwa wenn eine bestimmte Beschaffenheit des Befehlenden vorliegt? Oder nur, wenn bestimmte Befehle ergehen? Treffend sagt Hölder (objectives und subjectives Recht S. 35 f.): „Begründet ja doch der rechtsgültige Befehl die Verpflichtung seiner Befolgung, ohne dem Befehlenden ein bisher ihm nicht zustehendes Recht zu verleihen". Wer vollends wie Binding Recht und Erlaubnis identificiert, der müsste darin, dass sich Jemand selbst ein Recht zulegt, ein Sich-selbst-etwas-Erlauben erblicken — eine unmögliche Annahme. Binding fährt fort: „Dieses Recht ist ganz zweifellos als das Recht des Befehlshabers gegen den Unterthanen ein öffentliches Recht. Dieses Recht kann vom Staate an Private übertragen werden". „Alle diese Rechte hätten genau denselben Inhalt: sie wären reine oder novirte Gehorsamsrechte, und jede Eintheilung derselben in öffentliche und private wäre unstatthaft; denn sie alle wären öffentliche Rechte". Das beweist aber eben nicht, dass die Ableitung aus den Normen unrichtig, sondern eben, dass die Aufstellung von Gehorsamsrechten

unzutreffend ist. Vollends geht es nicht an, den Gegnern eine so verkehrte Methode anzusinnen, das subjective Recht — das eben noch nicht feststeht — als „noviertes subjectives Recht" zu erklären. Und nun kommt Binding, von seinen Gehorsamsrechten ausgehend, zu dem Schlusse: „Dies zu beachten ist besonders wichtig (?) für das Obligationenrecht . . . Wer aber im Schuldner nicht einen Untergebenen des Gläubigers erkennen will, wer Berechtigte und Verpflichtete auf gleichem Boden der Koordination stehen sieht, wer mit a. W. das Obligationen- zum Privat-Rechte ziehen will, der muss auf die Entwicklung der Obligationen aus Normen allen Ernstes verzichten", d. h. eben, aus den Normen, die ein „Recht auf Botmässigkeit für den Urheber" erzeugen. Darin ist Binding allerdings beizustimmen. „Man erschwert sich m. E. — meint Binding — auf civilistischem Gebiete die richtige Erfassung des Forderungsrechtes dadurch ungemein, dass man statt, wie allein (!) zulässig, das Recht des Gläubigers in den Vordergrund zu stellen, die Konstruktion des ganzen Rechtsverhältnisses auf die Pflicht des Schuldners stützt". (Vgl. K. V. S., Bd. XXI, S. 577, 571, 562 f). Gerade das Gegentheil ist richtig: die Pflicht ist im ganzen Bereiche des Rechtes der Centralbegriff, folglich auch in dem des Obligationenrechtes.

Man sehe nun zu, wie sich Binding die Construction als nicht „erschwert" denkt. Alle Normen gehören nach ihm dem öffentlichen Rechte an. In dem Dilemma, das dadurch entsteht, dass nun entweder auch das Privatrecht öffentliches Recht sein muss oder, dass es im Gebiete des Privatrechtes keine Normen gebe, entscheidet sich Binding für die letztere Alternative: er lehrt, dass ein Schuldner nicht ungehorsam ist, wenn er seine Pflicht nicht erfüllt: „Das Civilunrecht ist zweifellos (!) keine Verletzung von Gehorsamsrechten" (Normen I, S. 59, Note 11).

Es sollte in der That nicht normwidrig sein, wenn der Schuldner 100 000 nicht zahlt, die er schuldet, dagegen normwidrig, wenn er 1 unterschlägt? Und angenommen selbst, Binding meine, dass der Schuldner nur dem Gläubiger nicht ungehorsam sei, wohl aber dem Staate: dann wäre eben jede privatrechtliche zugleich eine öffenrechtliche Verpflichtung. Oder sollte der Schuldner zwei Pflichten nebeneinander haben? Und solche Construction sollte eine Erleichterung sein?

Es liegt gar kein Grund vor, das „dingliche Recht" als ein unantastbares Heiligthum zu betrachten. Und wie merkwürdig nimmt es sich aus, wenn Binding als Retter des dinglichen Rechtes

gerade gegen Thon auftritt, der selbst erklärt, dass der Unterschied zwischen dinglichen und obligatorischen Rechten „ein Produkt einer Jahrtausende alten Geistesarbeit" ist. (Rechtsnorm 174.) Zudem ist Thons Behauptung durchaus nicht unangefochten. Krainz (System, 3. Aufl., Bd. I, S. 94) lehrt, die Eintheilung stamme erst „aus der Glossatorenzeit"; und Lenel (Exceptionen, S. 12) versichert: „Sieht man näher zu, so findet man, dass jene vielbesprochene Eintheilung der Rechte denn auch nie und nirgends eine hierüber hinausgehende Erheblichkeit gehabt hat. Die damit verbundene Verkennung des wahren Charakters der dinglichen Rechte hingegen ist für die Theorie von grossem Schaden gewesen."

Das Dilemma besteht vor allem darin, dass man mit der Terminologie in Conflict geräth. Man sagt im allgemeinen — wofern man eben zutreffend im dinglichen Rechte die Relationsnatur des Rechtes nicht übersieht —, das dingliche Recht bestehe aus „Ansprüchen", bezw. es werde „actuell" in „Ansprüchen", wobei man eben unter Anspruch die „Richtung gegen einzelne Personen" versteht. Nach dieser Terminologie hätte also der Eigenthümer gegen den Dieb seiner Sache nicht ein „Recht", sondern einen „Anspruch", und wenn dem Eigenthümer Jemand gegenüberträte, der disponiert ist, ihm eine Sache wegzunehmen, hätte der Eigenthümer nicht ein „Recht", sondern nur einen „Anspruch" darauf, dass sich der Andere des Wegnehmens enthalte — wenn man überhaupt vermeidet, das Wort Anspruch auf diejenigen Ansprüche einzuschränken, die nach der Verletzung entstehen.

Nennt man das, was man solcherart zumeist als Anspruch bezeichnet, „Recht", dann kann man das „Eigenthum", die „Servitut", als Ganzes gedacht, entsprechend dem Complexe von rechtlichen Interessen, der hier gegeben ist, nicht als Recht in diesem Sinne bezeichnen, sondern nur als Rechtscomplex oder als Rechtskörper. Zutreffend erklärt Leonhard (Grünhut, Bd. X, S. 22, Note 33): „Es ist überhaupt eine sprachliche Inconsequenz, dass vielfach ebensowohl ein Complex von Befugnissen, z. B. Eigenthum . . ., als auch jedes einzelne Glied in diesem Complexe Recht heisst." Ob Leonhard aber das Richtige trifft, wenn er erklärt: „In der technischen Sprache sind offenbar in solchem Falle nur die Complexe »Rechte«, nicht ihre einzelnen Bestandtheile," möge dahingestellt bleiben. Jedenfalls kann die geltende Terminologie nicht als Wegweiser aus der Wirrniss dienen. Ueberdies hat Leonhard nicht den Complex von Beziehungen im Auge, in denen der dinglich Berechtigte steht, sondern den Complex der Befugnisse, die ihm zustehen.

Die Alternative muss unwidersprechlich mit wissenschaftlicher Begründung gelöst werden.

Es leuchtet unmittelbar ein, dass das dingliche Recht in seiner Richtung gegen den zu einer Verletzung Disponierten — also vor der Verletzung — im Sinne der Definition des subjectiven Rechtes, die hier versucht wurde, ein subjectives Recht ist, da es ein Recht darauf ist, dass sich Jemand einer Verletzung enthalte, also ein obligatorisches Recht auf Unterlassung ist. Wer dieses obligatorische Recht einen „Anspruch" nennen will, muss jedes negative obligatorische Recht einen Anspruch nennen.

Es leuchtet ferner ein, dass das Eigenthumsrecht nach der Verletzung, etwa nach dem Diebstahl, dem Dieb gegenüber darin besteht, dass dieser verpflichtet ist, die Sache zurückzustellen. Diese Beziehung enthält zweifellos ein Recht auf Handlung eines Anderen, also ein positives obligatorisches Recht. Wer dieses Recht einen „Anspruch" nennt, muss folgerichtig jedes positive obligatorische Recht als einen Anspruch bezeichnen. Danach gebe es also überhaupt keine obligatorischen „Rechte", und man müsste eintheilen: die subjectiven Privatrechte sind theils Rechte (dingliche Rechte), theils nicht Rechte, sondern Ansprüche (obligatorische Ansprüche).

Wer also behauptet, die Auflösung der dinglichen Rechte in Beziehungen zwischen einzelnen Menschen leugne die dinglichen Rechte, dem ist der Vorwurf zurückzugeben, dass die Nichtauflösung der dinglichen Rechte die obligatorischen Rechte leugne.

Man sage aber, wodurch sich die Verpflichtung des Diebes, die Sache zurückzustellen, von einer lediglich obligatorischen Rückerstattungspflicht unterscheidet. Was hiesse es auch, z. B. zu sagen: der Dieb ist zur Uebergabe der Sache „dinglich", der Verkäufer einer Sache ist „obligatorisch" verpflichtet? Eine Pflicht ist immer eine obligatorische. Denn Obligiertsein heisst ja nichts anderes, als Verpflichtet-sein. Heisst aber weiter Berechtigt-sein nichts, als: zu einem Menschen in Beziehung stehen, so besteht ein Eigenthumsrecht überhaupt nicht, wenn dem wirtschaftlichen Inhaber der Sache nicht ein zur Verletzung Disponierter gegenübertritt. „Actuell" ist das „Eigenthumsrecht" weder erst nach der Verletzung, noch auch, bevor eine Beziehung zu einem Menschen eintritt, sondern immer nur im Momente einer solchen Beziehung. Und besteht das Recht, wie festgestellt, lediglich in der Pflicht, so ist Eigenthumsrecht allemal erst dann gegeben, wenn ein Mensch zur Verletzung disponiert ist. Denn nur dann ergeht eine Norm

und begründet die Pflicht. Vollends bewährt sich das Recht nur dann als Collisionsrecht, wenn eben eine Interessencollision vorliegt.

Es ist nicht richtig, das Eigenthumsrecht als einen Complex von Verboten zu betrachten, die „an die ganze Welt" gerichtet sind. Mit Recht verspottet Kohler diese übertriebene Auffassung: „Jedes neu entstehende Eigenthum durchbebt die ganze Menschheit mit seinem Schauer" (Grünhut, Bd. XIV, S. 6). Welch merkwürdige Vorstellung ist es auch anzunehmen, dass jeder Kauf, jede Schenkung, jede Occupation Imperative wachruft, die an alle Menschen auf der Erde ergehen! In Wahrheit aber besteht der Erwerb von Eigenthum in nichts Anderem, als dass Jemand zu einer Sache in eine derartige Beziehung tritt, dass das Recht an Jeden, der disponiert ist, über die Sache ohne die erforderliche Einwilligung des „Eigenthümers" zu verfügen, ein Verbot richtet. In der Abhaltung, die das Verbot — regelmässig — bewirkt, liegt die Macht, die das subjective Recht bildet. Es ist, wie bereits, betont, nicht zutreffend, das „Eigenthumsrecht" für etwas Constantes, Dauerndes zu halten. Constant ist nur die wirtschaftliche Beziehung zur Sache. Nur sobald eine Verletzung droht, ergeht eine Norm, die Verletzung zu hindern. Dasjenige, was am Eigenthumsrecht subjectives Recht ist, sind in Wahrheit nur die sogen. Ansprüche. Diese müssen als subjective Rechte bezeichnet werden, wenn man nicht alle obligatorischen Rechte leugnen und nicht mit den wichtigsten Grundprincipien des Rechtes in Conflict gerathen will. Nicht die Complexe sind als „Rechte" zu bezeichnen, sondern die Theile der Complexe.

Es soll zugegeben werden, dass sich vielleicht — ob es in der That richtig ist, soll hier nicht untersucht werden — das subjective Privatrecht in diesen richtigerweise „Recht" zu nennenden Ansprüchen, also, vor der Verletzung betrachtet, in Verboten nicht erschöpft. Denn hier wurde der Begriff subjectives Recht ohne specielle Berücksichtigung des Privat- oder öffentlichen Rechtes festgestellt, so dass die Frage offen bleibt, welches — subjective oder objective — Merkmal zu dem weiteren Begriff noch hinzutreten müsse, damit von einem privaten subjectiven Rechte gesprochen werden müsse. Auf jeden Fall aber bedarf es nicht erst eines „berechtigenden" Rechtssatzes, der zu erlauben hätte, was gar nicht verboten war. Denn das subjective Recht ist ein Können, und nicht ein Dürfen. Besonders verwirrend aber ist es, das dingliche Recht als die „Quelle" der Ansprüche — richtig: der einzelnen subjectiven Rechte — zu bezeichnen, gleichsam als ein Ding anzusehen, das die Ansprüche aus sich „entlässt". Wo wäre dieses Ding? Etwa am

Körper des Berechtigten als eine „immanente Eigenschaft", „Qualität" haftend? Oder vielleicht neben diesem im Raume?

Es ist ein besonderes Verdienst Schlossmann's, auf den eingewurzelten Irrthum hingewiesen zu haben, der offenbar im Anschlusse an das römische Recht mit seiner individualistischen Auffassung und der Betonung der actio entstanden ist: „Wo man von dinglichen Rechten spricht, liegt nichts anderes vor, als ein Thatbestand, welcher einer bestimmten an einer Sache interessirten Person im Falle einer Collision mit Anderen den Sieg verschaffen wird, gleichviel wer ihr als Gegner gegenübersteht; das dingliche Recht ist nur die vorgestellte [d. h. eben: nicht wirkliche] gemeinschaftliche Quelle aller als möglich gedachten, auf die Sache bezüglichen Ansprüche gegen Dritte. Nicht das dingliche Recht, sondern nur die Ansprüche ... können Realität erlangen, indem sie vor Gericht geltend gemacht und erzwungen werden können" (Vertrag 267). Und treffend wendet sich Schlossmann (ibid. 272) dagegen, „dass man glaubt, jedem Worte müsse auch ein existirendes Ding entsprechen". Wenn subjectiv berechtigtsein heisst: In Beziehung stehen, so kann das subjective Recht nicht ein körperliches Ding oder Eigenschaft eines Menschen sein, und es kann auch nichts aus ihm „entspringen."

Obwohl Zitelmann sehr richtig erkennt, dass das Recht nicht ein Ding ist, und dass das Eigenthumsrecht nicht die „Ansprüche" aus sich erzeuge, da es ja aus ihnen besteht, meint er doch: „Durch »Recht« wird vielfach eine Stellung bezeichnet, welche durch eine grössere Reihe innerlich und äusserlich zusammengehöriger Normen gebildet ist . . . Das durch alle diese Normen hergestellte Gesammtverhältniss begreifen wir deshalb als ein einheitliches und indem wir die Kategorie der Dingheit anwenden, als ein Recht, welches eine Mehrheit einzelner Berechtigungen zu einer Einheit zusammengeschlossen in sich enthält." „Wie wir den Raumtheil, der sich durch eine Reihe aus- und eingehender Wirkungen auszeichnet, als Körper erfassen, so verdichten wir auch die durch eine Reihe ihrem Inhalte nach zusammengehöriger Rechtsnormen normirte Stellung der Person zu einem subjectiven Recht — dieses subjective Recht erfassen wir nun ebenfalls völlig mit dem sinnlichen Objectsbegriff". Und Zitelmann zieht nur die Consequenz hieraus, wenn er sagt: „Wir fassen diese einzelnen concreten als Dinge gedachten Rechte gerade so, wie die Körper selbst mit der Kategorie der der Causalität auf". Wer sich der logischen Processe, die bei solcher Auffassung mitspielen, so deutlich bewusst ist, wie Zitelmann, wird allerdings nicht leicht Gefahr laufen, in Irrthümer zu gerathen. Wie sehr aber solche Gefahr besteht, und welche Irrthümer

sie veranlasst, wird sich bei Besprechung mehrerer Arten der objectiven Rechtswidrigkeit zeigen. Insbesondere aber ist es eine Täuschung, wenn dieser Gelehrte meint: „Schlossmann polemisiert dagegen, dass man die einzelnen Berechtigungen als Wirkungen des einheitlichen Rechtes ansehe, z. B. das Eigenthumsrecht als Ursache der einzelnen Eigenthumsbefugnisse", und wenn er fortfährt: „Aber wer thut denn das? Sollte nicht in dem Satz: »weil ich das Eigenthumsrecht habe, bin ich berechtigt, meine Sache zu besitzen« u. s. w. das »Weil« den Erkenntnissgrund bedeuten?" (vgl. Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 213, 201, 202, Note 169). Die Frage: „Wer thut denn das?" ist dahin zu beantworten, dass das selbst scharfsinnige Denker thun u. zw. sowohl angesehene Vertreter der Romanistik, als des modernen Privat- und des Staatsrechtes.

So liegt z. B. der Gedanke, dass das subjective Recht die Ursache der Ansprüche und insbesondere auch der ihm correspondierenden Pflicht sei, einem Aufsatze Jherings in seinen Jahrb. für Dogmatik (Bd. X) zu Grunde, den er bezeichnenderweise „Passive Wirkungen der Rechte" betitelt. Bereits oben S. 212 f. wurden mehrere Stellen dieser Abhandlung citiert, in denen Jhering Recht und Pflicht ausdrücklich als „Qualitäten", „immanente Eigenschaften" der Personen, bezw. bei den res publicae sogar der Sachen bezeichnet. Auch Jhering stellt dem Eigenthumsrechte gegenüber: „Die negative Pflicht aller Andern, dasselbe nicht zu verletzen" (S. 392). Ueber diese Pflicht heisst es weiter: „Diese rein negative und abstracte Verpflichtung der gesammten Welt .... hat keinen Anspruch darauf, systematisch zu einem besonderen Begriff erhoben zu werden — sie ist nichts als der Schatten, den das Recht in die Aussenwelt wirft". Und S. 293: „Alle Rechte des Privatrechts, mit Ausnahme des Rechts der Persönlichkeit, begründen ein Rechtsverhältnis des Berechtigten zu etwas ausser ihm, sei es eine Person . ., sei es eine Sache." Und doch heisst es weiter: „Alle diese Rechte sind also ihrem Begriffe nach zugleich Rechtsverhältnisse . . ." Es ist aber offenbar, dass das subjective Recht nicht zugleich die Ursache des Rechtsverhältnisses und mit diesem identisch sein kann. Vollends übersieht Jhering die Beziehungsnatur alles Rechtes, wenn er erklärt: „Das Recht der Persönlichkeit . . . ist ein beziehungsloses, absolutes Recht, ein Recht ohne Rechtsverhältnis." Wieso kommt es, dass dieses Recht keinen „Schatten wirft?" Merkwürdig ist auch, wie Jhering die „Pflicht" der hereditas iacens zu erklären sucht (S. 421, Note 31): „M. E. ist es um nichts schwerer, sich zu denken, dass die Gebundenheit des Schuldners im Interesse des zukünftigen Gläubigers, als dass die Gebundenheit der Sache in dem

des zukünftigen Eigenthümers fortdauert. Wo aber bleibt die persönliche Gebundenheit, wenn der Schuldner selber stirbt? Hier schlägt — man beachte die eigenthümliche Ausdrucksweise — die persönliche Gebundenheit in eine solche des Nachlasses um — ein Vorgang, der nur für denjenigen im ersten Moment etwas Ueberraschendes haben kann, welcher durch die Art, wie im römischen Recht bei Lebzeiten des Schuldners die Person den Anprall der Obligation, wenn ich so sagen darf, auffängt und vom Vermögen fernhält, die endliche Beziehung, welche sowohl activ als passiv zwischen der Obligation und dem Vermögen obwaltet, aus den Augen verloren hat."

Oertmann (Jahrb. für Dogm., Bd. XXXI, N. F., Bd. XIX., S. 456) erkennt zwar richtig, dass „der Anspruch schon vor der Verletzung da" ist: er ist es aber zu dem Zwecke, „um gegen etwaige Eingriffe eine konkrete Klage aus sich heraus zu entlassen . . . . . actio und exceptio sind nur Töchter des Rechtes selbst." Oertmann gibt aber zu (l. c. S. 459): „Dingliche und obligatorische Rechte unterscheiden sich nur durch die verschiedene Erstreckung des Anspruchs".

Nach Kohler (Grünhut, Bd. XIV) ist das subjective Recht „ein durch die Rechtsordnung geschützter Genussgehalt" (S. 1): „Ich habe das Recht, das Wasser auf meinem Grundstücke zu benützen" (S. 7), „Das Recht — und das ist nur folgerichtig — ist nicht der Anspruch, aber das Recht hat die Möglichkeit, Ansprüche aus sich zu erzeugen" (S. 9). S. 19 spricht Kohler von einem „Herz des materiellen Rechtes" und meint, das pactum de non petendo mache die Obligation „functionsunfähig". Gegen derartige Constructionen, die nur mit Bildern operieren und nichts erklären, wendet sich Lenel (Exceptionen, S. 104) sehr treffend: „Die Idee eines existirenden und doch rechtlich unwirksamen Rechts enthält eine contradictio in adiecto und ist daher durchaus und überall zu verwerfen." Kohler hält die Obligation für „functionsunfähig", weil sie nicht klagbar ist. Wer jedoch erkennt, dass ein Recht wesentlich deshalb Macht ist, weil — wenigstens regelmässig — pflichtwidrige Bethätigung gar nicht eintritt, hat nicht nothwendig, ein nicht klagbares Recht für „functionsunfähig", „lahmgelegt" oder dgl. zu erklären. Stünde es doch auch mit dem heutigen Rechtsbewusstsein im schroffsten Widerspruch, anzunehmen, dass die Pflicht des Schuldners entfalle, wenn ihm der Gläubiger verspricht, sein Recht nicht im Processwege geltend zu machen. Und wer könnte zweifeln, dass gerade nicht klagbare Pflichten sehr häufig erfüllt werden? Wie sehr die heutige Privatrechtswissenschaft noch

im Banne des römischen Actionenrechtes steht, beweist, dass Thon mit sichtlicher Genugthuung auf die „so glücklich durchgeführte Parallele zwischen Anspruch und Actio“ hinweist (Rechtsnorm, S. 160). Wer immer nur an die Klage denkt, und deshalb von einem actuellen Rechte erst sprechen will, wenn der Anspruch gegen den Verletzer entstanden ist, der nennt das eigentlich Actuelle, dasjenige, was die Macht ausmacht, bloss „potentiell“; die Klage ist aber nicht der Schutz des Interesses, sondern bloss das Surrogat des Schutzes, wenn dieser versagt hat. Das Recht ist, wie dargelegt, am meisten dann actuell, wenn es zur Klage nicht kommt. Nicht in der Bewegung darf man die Actualität erblicken, sondern in der Macht, die pflichtwidrige Bethätigung verhindert. Die Pflichten werden nicht auferlegt, damit nach der Verletzung geklagt werden kann; sondern sie werden auferlegt, den widerstrebenden Willen zu beugen. Auch Jellinek (System, S. 50 f.) stellt subjectives Recht und actuellen Anspruch einander gegenüber: „Eine conkrete, aus dem subjektiven Rechte entspringende, gegen eine bestimmte Person gerichtete aktuelle Forderung ist aber ein Anspruch.“ „Der Anspruch ist nun gegenüber dem abstrakt-potentiellen Rechte stets conkret-aktuell. Ergeht auch das Verbot, mein Eigenthum zu stören, an Alle, so erwächst mir ein Anspruch auf Unterlassung oder Wiederaufhebung der Störung doch nur gegen den, der bereits irgendwie mit der Störung begonnen hat.“ Jellinek übersieht gerade das Wesentliche. Er setzt das potentielle Recht zu früh, den Anspruch zu spät. Das Verbot ergeht nicht an Alle, sondern erst und bloss an die zur Verletzung Disponierten. Dann aber ist es sofort actuell, nicht erst, wenn die Störung schon „begonnen hat“. Freilich ist das subjective Recht nach Jellinek ein „Dürfen“, nicht ein Können. (Zwar enthält nach System, S. 48 „jedes subjective Privatrecht“ mit dem Dürfen „ebenso nothwendig ein Können in sich“, doch soll nach S. 119 der „publicistische Rechtsschutzanspruch aus dem privatrechtlichen nicht entspringen“.)

Die eigenthümliche Auffassung, dass das subjective Recht vor der Pflicht gegeben ist — wie immer man sich seine Stellung zum Berechtigten, zum Träger des Rechtes denkt —, erscheint von einer Seite betrachtet nicht so absurd, als man vielleicht glauben möchte. Und nachdem es auch nicht angeht, so vielen scharfsinnigen Schriftstellern eine Absurdität zu imputieren, muss man annehmen, dass sie das Verhältnis, das in Rede steht, gerade von dieser Seite betrachten.

Die Absurdität entfällt immer dann, wenn man, wie z. B. Binding, Kohler und Jellinek, das Recht als ein Dürfen ansieht.

Denn freilich haben diese Schriftsteller — wie auch Wach bereits eingeräumt wurde —, von solcher Voraussetzung ausgehend, ganz Recht, wenn sie sagen: ein Dürfen des A kann nicht durch Auferlegung eines Nichtdürfens an B, C, D u. s. f. entstehen. Der Fehler, den diese Schriftsteller begehen, liegt aber eben in der Construction des subjectiven Rechtes als eines Dürfens.

Anders verhält es sich mit Jhering, der den Normenschutz als Recht auffasst, indem er ja als Erster das Recht als rechtlich geschütztes Interesse definierte. Jhering dürfte zu der Auffassung, als trete die Pflicht erst zum Rechte hinzu, als sei sie der „Schatten des Rechtes", dadurch gelangt sein, dass er das Interesse selbst Recht nannte (Recht ist r. g. Interesse), während es in Wahrheit die Macht ist, die das Interesse schützt.

Der Gedanke, dass, zumal beim dinglichen Rechte, die Pflichten erst zum Rechte, als der „einseitigen Befugnis des Berechtigten", hinzutreten, stellte sich offenbar ein, weil man den Erwerb des Eigenthumsrechtes in concreto im Auge hatte. A kauft eine Sache von B und erwirbt das Eigenthumsrecht daran; daher, so scheint es, weil A die Sache rechtmässig erworben hat, erwächst allen Anderen die Pflicht, das Eigenthumsrecht des A zu respectieren. Und deshalb sagt offenbar Binding: „Das Recht schützt nur Rechte und Rechtsgüter."

Freilich ist auch solche Vorstellung nicht zutreffend. Denn A kauft nicht ein „Recht", der Käufer „überträgt" nicht ein Recht unabhängig von den Pflichten anderer Menschen. Nur die Sache wird gekauft; und da Berechtigtsein heisst: in Beziehung stehen, und da die Beziehung allemal, wenn sie sich auch inhaltlich gleich bleibt, eine andere ist, wenn die Subjecte der Beziehung wechseln, geht nicht das „Recht" über. Es ergehen nur die Verbote, über die Sache wider den Willen des Eigenthümers zu verfügen, jetzt zu Gunsten eines Anderen. Nicht zum erworbenen Rechte treten nun von aussen die Pflichten hinzu: sondern es tritt nur eine neue wirtschaftliche Beziehung ein, zu der sich insoferne ein Recht gesellt, als der neue wirtschaftliche Inhaber der Sache in seinem Interesse gegen andere Menschen ebenso, wie der frühere, und zwar eben dadurch geschützt wird, dass den zur Verletzung Disponierten Pflichten auferlegt werden. Erst diese Pflichten machen das Recht, ohne die Pflichten bestünde das Recht nicht. Man streiche die Pflichten, und man streicht das Recht. Worin bestünde denn das Eigenthumsrecht, wenn Jeder, der wollte, über die Sache des Berechtigten disponieren könnte?

Wenn man von einem Rechte des Eigenthümers nur Demjenigen gegenüber spricht, der mit ihm in Lebensbeziehung steht und zur Verletzung disponiert ist, schwindet auch Thon's sehr zutreffendes Bedenken: „Die Annahme eines derartigen Anspruches gegen Jedermann ist ebenso müssig, wie irreführend", er „entbehrt jeglicher Realität". (Rechtsnorm, S. 158.) Denn von einem Entbehren der Realität kann natürlich nicht gesprochen werden, wenn sich das Recht gegen den widerstrebenden Verpflichteten als eine reale Macht bewärt. Und wenn man nur Diesem gegenüber — wie ja die Trennungsmethode fordert — von Pflicht und Recht spricht, dann ist es auch keine „Beleidigung", von einem Anspruche — oder besser gesagt: einem subjectiven Rechte — darauf, dass jede Einwirkung auf die Sache unterlassen werde, zu sprechen. Freilich könnte sich, wie Thon (Rechtsnorm, S. 158) hervorhebt, der Eigenthümer einer Sache leicht eine Klage wegen „Beleidigung" zuziehen, wenn er Personen, die keinerlei Verletzung intendieren, darauf aufmerksam machte, dass sie die Pflicht hätten, jegliche Störung zu meiden. Sie würden mit Recht einwenden, dass solche Betonung, es läge eine Pflicht vor, gänzlich müssig, ja kränkend sei; sie beabsichtigten ja ohnedies nicht, das Eigenthumsrecht anzutasten. Aber freilich darf man nicht, wie Thon thut, den „Anspruch" gegen den zur Verletzung Disponierten übersehen — der ja gerade das Eigenthumsrecht ausmacht — und sagen: „Zu einem Privatrecht wird das Eigenthum erst, insoweit aus Uebertretungen der zu seinem Schutze aufgestellten Normen dem Eigenthümer ein Anspruch auf Beseitigung jener Normwidrigkeit erwächst" (Rechtsnorm, S. 156), wonach eben das Recht erst mit seiner Verletzung entstünde. Und wenn man den „Anspruch" gegen den pflichtwidrig Disponierten als das eigentliche actuelle Eigenthumsrecht bezeichnet, geräth man auch nicht in die Schwierigkeit, das Klagerecht als das Wesentliche anzusehen, und auf diese Art doch das Moment der Willensmacht in den Begriff des subjectiven Rechtes aufnehmen zu müssen. Thon erkennt richtig, dass sich ihm hier ein Widerspruch ergibt, er täuscht sich aber darüber hinweg: „Wohl aber liegt eine Schwierigkeit darin, dass auch gegenwärtige Ansprüche dem rechtlich Willenlosen zugesprochen werden. Zwar wird ein logischer Widerspruch auch hier kaum zu finden sein." Thon muss den Vertreter für den Willenlosen eintreten lassen (Rechtsnorm, S. 284 f.). Darnach hätte aber etwa ein Geisteskranker, solange ein Vertreter nicht bestellt ist, weder das Recht, noch einen Anspruch darauf, nicht getödtet zu werden. Er wäre vogelfrei! Oder in welche Categorie wollte man den Schutz einreihen, den er geniesst?

Man darf auch nicht an den concreten Erwerb des Eigenthumsrechtes denken, wenn man sich die Entstehung desselben und sein Verhältnis zu den correspondierenden Pflichten vergegenwärtigen will. Man muss sich vielmehr die Normen, die es entstehen machen (einschliesslich der strafrechtlichen Normen), aufgehoben denken. Damit verbindet sich die Vorstellung, dass Jeder dem Anderen beliebig Sachen, die dieser Andere in seiner Gewalt hat, wegnehmen darf. Soll ein dermassen bedrohter Sachinhaber in seinem Interesse geschützt werden, soll also für ihn Eigenthumsrecht entstehen, so könnte es durch einen „berechtigenden Rechtssatz", wie Binding meint, durch eine „Erlaubnis" nicht entstehen. Denn der Inhaber durfte ja schon vorher mit der Sache nach Belieben schalten, eine Erlaubnis wäre durchaus zwecklos. Das Eigenthumsrecht entsteht aber sofort, wenn an Alle, die zur Wegnahme der Sachen disponiert sind, Verbote ergehen. Daraus erwächst dem Berechtigten natürlich nicht eine Erlaubnis, ein Dürfen, aber sehr wohl ein Können. Und in diesem Können besteht eben das subjective Recht, wenn auch vielleicht noch nicht das subjective Privatrecht in dem specifischen Sinne, der ihm heute im Rahmen der geltenden Rechtsordnung zukommt.

Hat sich nun ergeben, das vom Eigenthumsrecht nicht als einem dauernden, constanten Recht gesprochen werden kann, sondern dass es immer nur entsteht, wenn dem wirtschaftlichen Inhaber der Sache ein zur Verletzung Disponierter gegenübertritt, und dass, wie dargelegt, diese einzelnen actuellen Eigenthumsrechte ihrer Natur nach obligatorische Rechte sind, dann hat sich herausgestellt, dass man das dingliche Recht eben nicht in einen unversöhnlichen Gegensatz zu den obligatorischen Rechten stellen kann — sind doch alle Rechte in letzter Linie obligatorisch —, sondern dass es ein gedanklicher Complex von obligatorischen Rechten ist.

Es zeugt für die Richtigkeit dieses Gedankens, dass Jhering selbst, der ausdrücklich ein Eigenthumsrecht annimmt, dem keinerlei Pflicht correspondiert, die obligatorische Natur des dinglichen Rechtes anerkennt. Jhering beginnt seine Ausführung mit der schärfsten Betonung der einseitigen Natur des dinglichen Rechtes und endet — bei der Obligation (Geist, 3. Aufl., Bd. III, S. 182 ff.): „Die einfachste Form des Rechtsverhältnisses, wie es z. B. im Eigenthum zu Tage tritt, ist die des einseitigen Rechtes, d. h. des Rechts ohne alle Verpflichtung." Nun wird Schritt für Schritt gleichsam wider Willen das obligatorische Moment eingeführt: „Der Gedanke der Verpflichtung beschränkt seine Herrschaft keineswegs auf dasjenige Gebiet, in dem er seinen eigentlichen Sitz hat . . . ., auf das Obligationsrecht; als unsichtbares, individuell nicht ausgeprägtes, unkörper-

liches Element, durchdringt er die ganze Rechtswelt, alle Verhältnisse belebend und erhaltend, gleich dem Sauerstoff der atmosphärischen Luft. Nicht das ist mit dieser Behauptung gemeint, dass es auf allen Gebieten des Rechts Obligationen gibt . . . . Sondern gemeint ist, dass der Gedanke der Verpflichtung auch in nicht-obligatorischen Rechtsverhältnissen als bloser Obligationsstoff anwesend sein kann, ohne die Form der Obligation anzunehmen." Weiter: „Es giebt kaum einen der Obligation antagonistischeren Rechtsbegriff, als den der in rem actio, und doch in welchem Masse sind manche in rem actiones mit obligatorischem Element versetzt! Die moderne rei vindicatio ist fast mehr obligatorischer, als dinglicher Art." Ein weiterer Schritt: „Der Grad der Vollkommenheit eines Rechts bemisst sich nach seiner Sättigung mit obligatorischem Stoff. Im entwickelten Recht führt der Gedanke der Obligation das Regiment, es gibt keinen Fleck, keinen noch so verborgenen Winkel, wohin diese flüssige Substanz nicht dränge." Und endlich schwindet das dingliche Moment vollständig: „Die moderne rei vindicatio ist durch und durch mit obligatorischen Elementen versetzt, ja man könnte sagen: sie ist eine persönliche Klage geworden, die nur, was sie ja mit manchen actiones in personam (s. g. in rem scriptae) theilt, passiv durch den Besitz bestimmt wird."

In der That ist auch die Relationsnatur des Rechtes ein so wichtiger Factor, dass es unmöglich war, dass sie in der Literatur ganz übersehen wurde. Ausser Schlossmann, der sich aber die Erkenntnis des subjectiven Rechtes dadurch trübt, dass er es als Thun-dürfen fasst (Vertrag 250: „Wie ein Thun, sofern ich es darf, ein Recht ist . . . ."), haben insbesondere Lenel und v. Schey die Erkenntnis des dinglichen Rechtes wesentlich gefördert. Lenel theilt die hier vertretene Auffassung, dass das Recht wesentlich in der Pflicht besteht, und übersieht nur, weil er die generelle Natur alles Rechtes nicht in Anschlag bringt, dass es Macht, und eben abstracte Macht ist. Er sagt aber ganz richtig: „Von Seiten des Verpflichteten angesehen und auf ihn bezogen, heisst das Gebot dessen Rechtspflicht, von Seite des Berechtigten angesehen und auf diesen bezogen, dessen Anspruch, welcher daher mit der Rechtspflicht identisch ist." (Exceptionen, S. 5). Und treffend löst v. Schey, (Grünhut, Bd. VII, S. 762 ff. und Bd. VIII, S. 111), das Eigenthumsrecht in Ansprüche auf, die durch das Interesse geeinigt sind, — was eben nichts Anderes bedeutet, als dass nur das wirtschaftliche Interesse an der Sache das constante Moment bildet.

Auch Windscheid gibt — obwohl er dem Sittengesetze das Rechtsgesetz in der Weise gegenüberstellt, dass „das Sittengesetz Pflichten, das Rechtsgesetz Rechte verleiht", wobei übersehen wird, dass die Pflicht der Mittelbegriff auch des Rechtssystems ist —, zu: „Das dingliche Recht enthält nur Verbote." (Pandekten, Bd. I, S. 138, 141). Und treffend wendet sich Rümelin gegen die Auffassung, dass das dingliche Recht Ansprüche aus sich heraus erzeuge: „Wie die Rechte im subjectiven Sinne vielfach als die Quelle und die Grundlage der rechtlichen Erscheinungen angesehen werden .... Sollte es nun nicht dem gegenüber das Einfachere sein, sich bei dem legislatorischen Imperativ zu beruhigen?" (Jur. Pers., S. 17).

Nunmehr erhebt sich die Frage: Wenn das dingliche Recht als solches nichts Dauerndes, Einheitliches ist, besteht dann noch die Berechtigung, von dinglichen Rechten zu sprechen? Und wenn dies der Fall ist, welcher logische Process liegt vor, wenn man die Vielheit der einzelnen Rechte zu einem Complex vereinigt denkt?

Man fasst im denkenden Bewusstsein eine Fülle von Beziehungen, die sich um ein constantes wirtschaftliches Verhältnis, räumlich und zeitlich von einander getrennt, gruppieren, bezw. gruppieren können, zu einer Einheit zusammen. Das dingliche Recht ist ein Complex von obligatorischen Rechten. Solcherart bewährt es sich als ein compliciertes Rechtsgebilde, das man — wenn es auch ungenau ist — „Recht" nennen mag, wofern man nur nicht übersieht, dass es eben ein Complex von — wirklichen oder möglichen — subjectiven Rechten ist. Und nun erst ist es möglich, dass man das dingliche Recht nicht negiert. Wäre es unmöglich, es in obligatorische Rechte aufzulösen, dann könnte man es nicht anerkennen, da ja alle Rechte in letzter Linie obligatorische Rechte sind. Da aber die Auflösung möglich ist, ist es anzuerkennen. Die Auflösung hat aber nicht nur den Zweck, das dingliche Recht als denkbar zu erweisen; man würde sich vielmehr ohne sie, gerade was die Lehre von der Rechtswidrigkeit betrifft, in unlösbare Dilemmen verstricken.

Nach § 904 des D.B.G.B. darf Jeder, der in einer schweren Gefahr schwebt, auf fremdes Eingenthum einwirken; er hat — so lehrt die herrschende Ansicht — ein „Nothrecht", d. h. ein subjectives Recht darauf, dass der Eigenthümer die Behinderung der Einwirkung unterlasse. Wer der Auflösung des dinglichen Rechtes widerstrebt und dasselbe als einseitig und absolut auffasst, müsste hier entweder ein Gegenüberstehen von zwei Rechten annehmen, oder müsste die Ausübung des Nothrechtes als rechtswidrig be-

zeichnen. Beides wäre widersinnig. Denn es ist unmöglich, zu behaupten, der Eigenthümer habe ein Recht darauf, dass der Gefährdete auf seine Sache nicht einwirke, wenn er, wie das Gesetz sagt, die Pflicht hat, die Einwirkung zu dulden. Worin bestünde denn auch sein Recht dem Gefährdeten gegenüber? Man könnte nun einwenden, dass das Eigenthumsrecht nur gegenüber dem Gefährdeten nicht bestehe, dass es aber den anderen Menschen gegenüber aufrecht bleibe. Solcher Einwand wäre völlig zutreffend; nur läge darin eben schon die Anerkennung, dass das dingliche Recht aus obligatorischen Rechten besteht, dass es eben nicht einseitig und absolut sei. Denn wäre es absolut, so könnte es nicht zu gleicher Zeit einem Menschen gegenüber bestehen und einem anderen gegenüber nicht bestehen.

Es kann sonach Rümelin nicht beigestimmt werden, wenn er sagt: „Jedenfalls steht nichts im Wege, trotz der Möglichkeit des Uebergriffs auf beiden Seiten subjective Rechte anzunehmen . . ., ist es ja eine bekannte Erscheinung, dass subjective Rechte bei der Collision mit anderen subjectiven Rechten unterliegen" (Schadenszurechnung, S. 38). Wie kann man ein Recht „annehmen", wenn es eben „unterliegt"?

Dagegen hat Schlossmann ganz Recht (Vertrag S. 252): „In Wahrheit fassen wir in dem Begriffe Eigenthumsrecht zu einer Einheit zusammen die zahllosen Möglichkeiten eines einer Person in Bezug auf eine Sache gegen alle denkbaren Störungen Dritter zu gewährenden Schutzes".

Wer von einem dinglichen Rechte spricht, ohne dabei an die Pflichten Dritter zu denken, und wer es als einen dauernden Begleiter des wirtschaftlichen Inhabers der Sache ansieht, gibt sich einer objectivierenden Denkweise hin. Das dingliche Recht besteht nicht neben den Beziehungen seines Trägers zu anderen Menschen, und vollends erzeugt es nicht die Beziehungen, die Ansprüche, die Pflichten. Es ist lediglich Product einer Synthese. Und eben deshalb, weil es als Resultat eines gedanklichen Processes nichts enthalten kann, als was man früher hineingelegt hat, kann aus ihm schlechterdings nichts deduciert werden. „Wir können aus dem Begriff des Eigenthumsrechtes keinerlei Schlüsse ziehen: sondern wenn wir aus ihm etwas deducieren, nehmen wir nur aus ihm heraus, was wir bei der Bildung des Begriffes selbst erst in ihn hineingelegt haben — und so ist es namentlich eine Selbsttäuschung, wenn man die Verfolgbarkeit der dinglichen Rechte gegen jeden Dritten für eine Folgerung aus dem Begriff der dinglichen Rechte ausgiebt" (Schlossmann, Vertrag).

Ist nun mit diesem Zugeständnis der Begriff des dinglichen Rechtes nicht doch geleugnet? Er ist es nicht. Schlossmann allerdings gelangt in der That zur Behauptung: „Die Einführung des Begriffes des dinglichen Rechtes in die juristische Argumentation ist vollkommen überflüssig". (Vertrag, S. 265). Er gibt nur zu, dass „didaktische und praktische Zwecke" das Operieren mit dem Begriffe vielleicht erfordern, enthält sich aber hierüber „jedes Urtheils" (S. 270). Damit geht aber Schlossmann zweifellos zu weit. Ihm ist der Begriff des dinglichen Rechtes nichts, als eine zwar nicht unrichtige, aber doch überflüssige, weil nicht fruchtbare Zusammenfassung von als möglich gedachten Ansprüchen.

Hiebei wird aber übersehen, dass, wie bereits festgestellt wurde, die Vorstellung, es gebe ein constantes Recht an der Sache, eine populäre, aus dem Rechtsbewusstsein stammende ist. Als solche gehört sie zum Bestande derjenigen Anschauungen, mit welchen der Gesetzgeber rechnen muss, wenn er Normen erlässt. Der Begriff gehört sonach zwar nicht der objectiven Seite des Rechtes an — ist ja doch aus ihm nichts zu entwickeln; die Trennungsmethode aber ermöglicht eben auch hier, einem anscheinend unlösbaren Widerspruch: alle Rechte sind obligatorische, trotzdem gibt es dingliche Rechte, zu entgehen: der Begriff ist eben der subjectiven Seite des Rechtes zuzuweisen.

Formalwissenschaftliche Betrachtung vindiciert dem Gesetzgeber lediglich die Thätigkeit des Verbietens und Gebietens bei bestimmter Sachlage; laienhafte Denkweise dagegen spricht von „Entziehen", von „Verletzen eines Rechtes" seitens des Gesetzgebers, wenn in gewissen Fällen Normen, die man erwartet hatte, nicht erlassen werden. Für die formale Construction ist ein Recht, das der gesetzgebende Staat verletzen könnte, nicht vorhanden („formelle Allmacht des Staates"). Der Mann aus dem Volke dagegen empfindet einen Eingriff oft als eine Verletzung seines „Rechtes", weil in ihm die Vorstellung dauernder einseitiger Rechte lebendig ist.

Wirkt etwa der im Nothstande Befindliche auf die Sache eines Anderen ein, so reagiert der „Eigenthümer" dagegen, indem er sich vorstellt, seinem Recht, das sich ihm gleichsam in der Sache, „seiner" Sache, verkörpert, werde zuwidergehandelt. Nimmt der Staat eine Expropriation vor, so erscheint diese Handlung als eine „Verletzung wohlerworbener Rechte". Ganz gewiss aber haben weder der Gefährdete, noch der Staat die Rechtspflicht, sich solcher „Rechtsverletzung" zu enthalten. Mit der Pflicht aber fehlt begriffsnothwendig auch das Recht.

Der Eingriff ist also — formal objectiv betrachtet — nicht Rechtsverletzung, aber er erscheint — subjectiv betrachtet — als Rechtsverletzung. Nur insoferne ist es nicht widersinnig, zu behaupten: es gebe ein Recht, Rechte zu verletzen. In diesem Sinne spricht offenbar auch Gierke (Genossenschaftstheorie, S. 807 f.) von solchen Rechten, und zwar gerade im Hinblick auf die Expropriation: „Wenn nach dem Princip der Enteignung und der verwandten Institute der Staat oder ein engeres Gemeinwesen unter gewissen Voraussetzungen um des öffentlichen Interesses willen zur Verletzung von Privatrechten berechtigt . . . ist . . ."

Und diese Thatsache, dass oft als Rechtsverletzung erscheint, was — objectiv genommen — Rechtsverletzung nicht ist, kann die Rechtswissenschaft so wenig leugnen, als sie irgend eine andere empirisch gegebene Thatsache leugnen kann. Im Gegentheil lehrt erst diese Erkenntnis gewisse Rechtsvorschriften in ihrer Eigenart verstehen. Nicht, um eine von ihm verschuldete Rechtsverletzung aufzuheben, sondern um das Rechtsgefühl zu schonen, und um nicht sich selbst als unrechtmässig Handelnden erscheinen zu lassen, lässt sich der Staat herbei, eine Entschädigung zu leisten, wenn er einem Bürger sein „Eigenthum" nimmt, weil es — was dieser meist nicht oder nicht gebührend anerkennt — das allgemeine Wohl erheischt. Nicht auf den „Rechtsgrund", dass „eine Rechtsverletzung" vorliege, ist die „Schadenersatzpflicht" des expropriierenden Staates zurückzuführen, sondern auf den practisch-politischen Grund, dass das dingliche Recht als dauerndes im Rechtsbewusstsein lebt. Freilich ist auch der practisch-politische Grund, sofern er zutrifft, in letzter Linie ein Rechtsgrund. Denn der Gesetzgeber handelt nach dem Satze der Wissenschaft, dass er die Gesetze den geltenden Anschauungen anzupassen hat, soll überhaupt „Recht" entstehen. Aber nicht um Anführung eines theoretisch-formalen Grundes der Ersatzpflicht handelt es sich hier — und nur einen solchen nennt man „Rechtsgrund" —, sondern um einen Hinweis auf die subjective Seite des Rechtes.

Damit scheint besonders den Bedenken Gierkes (Privatrecht I, S. 258ff.) Rechnung getragen. Gierke meint, dass sich das dingliche Recht nicht in persönlichen Ansprüchen erschöpfe — eine Auffassung, die hier als eine mögliche hingestellt und nicht speciell behandelt wurde —, und schränkt sehr zutreffend die Verbote „gegen jeden Weltbürger" auf Verbote gegen Solche ein, die „in den für den Berechtigten abgegrenzten Machtbereich gerathen." Gierke erklärt aber weiter, die Elimination des „gewährleisteten Sachgenusses" mache das dingliche Recht zu einem „vollkommenen Zerrbild."

Solche Ausscheidung wurde hier deshalb als nothwendig hingestellt, weil in der That oft subjective Rechte gegeben sind, bei denen von Sachgenuss deshalb nicht gesprochen werden kann, weil der Genuss der Sache aus im Berechtigten selbst liegenden Gründen nicht möglich ist, in welchem Falle gewiss auch Gierke das Vorhandensein eines subjectiven Rechtes nicht leugnen würde. Sollte Gierke aber dennoch diese Begründung nicht als zwingend ansehen, so ist noch, wie betont, darauf zu verweisen, dass das Recht seiner logischen Structur nach ausschliesslich in Beziehungen zwischen Menschen besteht, und dass ebendeshalb auch das dingliche Recht in solche Beziehungen aufzulösen ist. Gerade gegen dieses Argument aber wendet sich die Stelle: „Die Rechtswissenschaft hat nicht die Aufgabe, einer einheitlichen logischen Schablone zuliebe die lebensvollen Gedankengebilde, die das Gemeinbewusstsein in der Arbeit von Jahrtausenden gestaltet hat, zu zersetzen. Sie hat ihre Begriffe aus dem Vorstellungsinhalte des geschichtlich gewordenen Rechtsbewusstseins zu schöpfen und die in ihm eingelebten Denkformen als ein Stück der geistigen Wirklichkeit zu achten."

Es ist interessant, in der modernen Literatur den Kampf zu beobachten, der zwischen den beiden Parteien wogt, deren eine mehr die formal-objective, deren andere die lebendig-subjective Betrachtung pflegt. Sieht man genauer zu, so hat jede der beiden Parteien Recht, wenn sie dem Gegner die ausschliessliche oder wenigstens vorwiegende Betonung der einen Seite vorwirft. Denn das Recht ist eben objective und subjective Macht, muss daher von beiden Seiten betrachtet werden. Es ist nicht förderlich, wenn die beiden Streittheile einander Mysticimus, bezw. Materialismus vorwerfen. Die beiden Betrachtungsweisen widerstreiten einander nicht, sie ergänzen einander vielmehr. Gierke tadelt ganz zutreffend die Methode, die sich ausschliesslich darauf beschränkt, die „lebensvollen Gestalten in eine Schablone" zu pressen. Aber deshalb ist es doch nicht unrichtig, ein einheitliches Princip einzubringen, welches ja durchaus die Möglichkeit anderer Betrachtungsweise nicht ausschliesst. Das Princip soll richtigerweise gar nicht alles erschöpfend erklären wollen; es muss aber eingebracht werden; denn wie sollte sonst durch Abstraction von den lebendigen Erscheinungen ein System von Begriffen gewonnen werden?

Gerade die Trennungsmethode, die die objective Seite des Rechtes und das Rechtsbewusstsein nebeneinanderstellt und beide würdigt, ermöglicht, den beiden Standpunkten gerecht zu werden. Und so ist denn zu hoffen, dass auch Gierke sich befriedigt fühlt, wenn er das dingliche Recht, wie es im Rechtsbewusstsein

lebt, auf der subjectiven Seite, die ja das Rechtsbewusstsein darstellt, wiederfindet, wenn er es auf der objectiven Seite vermisst. So gewiss Gierke nicht der Vorwurf gemacht werden kann, dass er die objective Seite des Rechtes gänzlich übersieht, so wird doch in seinen Schriften der subjectiven Seite ein allzugrosses Gewicht beigelegt, und nicht beachtet, dass die formale Betrachtung, die die Begriffe im einheitlichen System zu fixieren hat, gerade die objective Seite würdigen muss. Nur im Rahmen der positiven Rechtsordnung ist die subjective Seite heranzuziehen, und erst die solchermaassen ergänzten Begriffe vermögen ein erschöpfendes Abbild der Wirklichkeit zu geben. Das Begriffssystem aber, das de lege ferenda gelten soll, kann nur rein formale Aufstellungen enthalten, da es eben für jede Rechtsordnung zutreffen soll. In seinem Bereiche könnte daher der Vorwurf der Formalisierung nur platzgreifen, wenn ein völlig inhaltsloser Rechtsbegriff aufgestellt würde. Wer aber dem Recht die Function, die Interessen zu schützen, und den Rechtsnormen den Inhalt zuerkennt, die allgemeine Ueberzeugung der Gemeinschaft zum Ausdruck zu bringen, verdient solchen Vorwurf — gewiss auch nach Gierke's Ansicht — nicht.

Zweifellos hat die objectivierende Vorstellung, dass das dingliche Recht einseitige Befugnis und „Quelle" von Ansprüchen ist, im Zusammenhang mit der Thatsache, dass es sich gerade im Privatrechte häufig um den Uebergang der Rechte handelt, und dass das Privatrecht vielfach Rechtscomplexe ins Auge fasst — Thatsachen, welche im Gebiete des öffentlichen Rechtes zurücktreten —, mit zu der Annahme geführt, als sei im Bereiche des Privatrechtes nicht die Pflicht, sondern das Recht in den Vordergrund zu stellen. Wer nun erwägt, dass „Uebertragbarkeit" von Rechten nur ein bildlicher Ausdruck ist, dass die Rechtscomplexe eben nicht Rechte in dem einfachen Sinne sind, wie man allgemein von Rechten spricht, und dass es endlich unrichtig ist, von einem dinglichen Rechte neben den Beziehungen zu den Verpflichteten zu sprechen, wird umsoweniger geneigt sein, auch nur auf dem Gebiete des Privatrechtes das Recht in den Vordergrund zu stellen, als er sich daran erinnert, dass die Pflicht — und in ihr allein besteht das subjective Recht — den Centralbegriff des ganzen Rechtssystems bildet.

Es geht daher auch nicht an, das civile vom criminellen Unrecht in der Weise abzugrenzen, dass im Civilrecht das Recht, im Strafrecht die Pflicht in den Vordergrund gestellt wird, wie z. B. Sjögren thut (Jahrb. f. Dogm., Bd. XXXV, S. 370).

Noch weniger aber ist es zulässig, auf dem ganzen Rechtsgebiet vom subjectiven Rechte auszugehen und mit Binding zu sagen: „Unrecht nenne ich von jetzt an alles einem subjectiven Rechte widerstreitende Verhalten oder Geschehen." (Normen I, 298.) Danach würde gemäss Binding's Auffassung vom subjectiven Rechte auch der Blitz und die Reblaus und der Bacillus ein „Unrecht" begehen. Und gerade, weil allemal von der Pflicht auszugehen ist, geht es nicht an, Strafe und Ersatz zum Zwecke der Abgrenzung derart neben einander zu stellen, dass man unter „Ersatz" eine Fülle von völlig heterogenen Rechtsinstituten zusammenfasst, die sich nur darin einigen, dass einem Berechtigten Etwas geleistet wird. Die Zusammenfassung hat ausschliesslich vom Gesichtspunkt der Pflicht aus zu erfolgen, und Ersatz und Strafe können richtigerweise nur insoferne nebeneinander gestellt werden, als sie sich beide als Folgen pflichtwidriger Bethätigung darstellen; dann ist aber auch die nach pflichtwidriger Bethätigung eintretende Naturalrestitution in den Kreis der Betrachtung zu ziehen. Eine Zusammenstellung, wie sie etwa Binding (Normen I, 457 ff.) vornimmt, welche secundäre und primäre Leistungspflichten, Schadenersatz mit und ohne Verschulden durcheinander wirft, kann wie seine Zusammenstellung der Rechtsgüter nur ein Chaos, niemals aber eine brauchbare Abgrenzung von Strafe und Ersatz ergeben. „Die Zusammenstellung der heterogensten Rechtssätze allein aus dem Gesichtspunkte, dass das gemeinsame Motiv ihrer Aufstellung die Ausgleichung eines fremden Schadens gewesen, hätte systematisch nicht das mindeste Interesse." (Thon, Rechtsnorm 55).

Völlig unzutreffend ist es, sich auf den „Sprachgebrauch" zu berufen, wenn man Bethätigungen von Geisteskranken, Säuglingen, Thieren u. dergl. als „Unrecht" bezeichnet. Ausser dem Bereiche der Doctrin fällt es Niemandem ein, das Wort Unrecht in derart sprachwidriger Weise zu verwenden, und zwar schon deshalb nicht, weil man im allgemeinen die Moral im Auge hat, wenn man von Unrecht spricht, kein Mensch aber jemals an Bethätigungen von Tobsüchtigen, Thieren und Naturkräften den Maassstab der Sittlichkeit angelegt hat.

Nur zu lange schon zögert die Theorie des Privatrechtes, bei Erklärung der Rechtsinstitute von der Norm und der Pflicht auszugehen und sich auf den Standpunkt des Gesetzgebers und des generell-praeventiven Interessenschutzes zu stellen. Sie hat zu fragen: Mit welchem Rechte legt der Gesetzgeber Jemandem auf, eine Sache, die er einem Andern genommen hat, zurückzustellen? Wieso ist es zu erklären, dass sich der Gesetzgeber nicht damit begnügt, das

weggenommene Gut der Staatscasse verfallen zu lassen? Ist der Schutz des Interesses des Sachbesitzers wesentlich ein praeventiver, so genügt es doch, wie es den Anschein haben könnte, Dem, der die Sache wegnehmen will, die Entziehung der Sache anzudrohen. Wozu bedürfte es zur Abhaltung gerade der Auferlegung der Rückstellung oder einer weiteren Drohung? Man wende nicht ein, dass es ja kein Uebel wäre, Jemandem bloss etwas wegzunehmen, was ihm ohnedies nicht zukommt. Auch wer eine Sache pflichtwidrig erworben hat, empfindet es als Uebel, wenn sie ihm weggenommen wird; und wenn es lediglich darauf ankommt, dass der Gesetzgeber zum Schutze des gefährdeten Interesses eine Drohung ausspricht, die wenigstens regelmässige Durchsetzung erwarten lässt, so scheint er vollständig genug gethan zu haben, wenn er droht, die gewonnene Sache wieder abzunehmen. Denn sobald der pflichtwidrig Disponierte überzeugt ist, dass ihm — wenigstens aller Voraussicht nach — die Aneignung einen Vortheil nicht bringen werde, entfällt für ihn der Grund zum Handeln. Keineswegs kann aus dem Begriffe der Norm abgeleitet werden, dass er ein Mehr an Uebel erleiden muss, als er Gewinn aus der That zog. Und es ist eine naturrechtliche und daher in letzter Linie moralisierende Vorstellungsweise, dass es „selbstverständlich" sei, dass man Gestohlenes zurückstellen, dass man Verträge halten muss. (So scheint in letzter Zeit besonders Gutberlet anzunehmen: Ethik und Naturrecht, S. 2, S. 118).

Man muss nur daran festhalten, dass, wie jedes Verbrechen, so auch jede andere Handlung, wie z. B. das Abschliessen eines Vertrages, — objectiv betrachtet — aus unwiderstehlichem Zwange, nicht „aus freiem Willen", erfolgt, und dass ebenso, wie nach dem Rechtsgrunde zu strafen, auch nach dem der Auferlegung der Naturalrestitution, des Schadenersatzes, der Erfüllung eines Vertrages zu fragen ist — eine Frage, die sich schliesslich auf das Problem reduciert: Worin liegt die Function dieser Auferlegungen und des thatsächlichen Eintretens der auferlegten Uebel? Eine Berufung auf das Rechtsbewusstsein genügt durchaus nicht. Wer kann behaupten, dass das Rechtsbewusstsein die Rückgabe einer entwendeten Sache verlangen würde, hätten nicht eher Normen existiert, die die Rückgabe anbefehlen? Das Rechtsbewusstsein ist eben nicht originär angeboren; daher können aus ihm höchstens geschichtlich erarbeitete Begriffe, die einer einzelnen positiven Rechtsordnung angehören, erklärt, aber auch diese niemals aus ihm allein erschöpfend erklärt werden. Die formaltheoretische Construction der Begriffe dagegen, im Bereiche des Rechtes in abstracto, darf sich (wie be-

reits oben S. 162 betont wurde) auf das Rechtsbewusstsein niemals berufen. (Das übersieht auch Schlossmann Vertrag 226, 275).

Es kann weder als Axiom gelten, dass Verträge bindend sind, noch auch, dass man aus Delicten ersatzpflichtig wird. Man hat daher nicht genug gethan, wenn man, um das Vorhandensein einer Verpflichtung zu beweisen, ein Rechtsinstitut als Vertragserfüllung oder als Delictshaftung hinstellt. Es ist daher sehr verdienstlich, wenn sich Binding um das Problem der Delictshaftung, und Schlossmann um das des Vertrages bemüht. Jeder der beiden Schriftsteller aber sieht als Axiom an, was dem andern erklärungsbedürftig erscheint. So meint Binding, das Delict sei eigentlich ein Vertrag („Quasikontrakt", Normen I, 462), und Schlossmann, der Vertrag sei, wie jede Obligation, ein Delict („Delictische Thatbestände", Vertrag, 328). Damit dreht man sich eben im Kreise.

Derartige Cirkelgänge und wunderliche, a priori unglaubwürdige Constructionen, nach deren einer ein Dieb, sobald er stiehlt, einen Vertrag schliesst (mit wem?), nach deren anderer jeder Kaufmann ein gewerbsmässiger Delinquent wäre, würden vermieden, wenn man sich stets vor Augen hielte, dass die Pflicht im Mittelpunkt des Rechtssystems steht. In welchem Systeme des Privatrechtes aber fände man auch nur eine Zeile über den Begriff der Pflicht? Nur wer den Weg über die Pflicht nimmt, gelangt zum subjectiven Recht. Sich direct zum Rechte begeben wollen, heisst den Landweg von Europa nach Amerika einschlagen.

## § 20. Die juristische Person.

§ 20. Die juristische Person

Die strafrechtliche Doctrin baut gerade, was den Begriff der juristischen Person, zumal die Rechtssubjectivität des Staates betrifft, so manche Lehre auf Voraussetzungen, deren Zutreffen ihr als selbstverständlich gilt, so dass es einer Begründung, ja auch nur einer flüchtigen Erörterung dieser Voraussetzungen gar nicht zu bedürfen scheint. So gilt es heute nicht nur vielfach als Dogma, dass eine juristische Person nicht pflichtwidrig handeln kann, man spricht auch schlechtweg davon, dass der Staat ein subjectives Recht habe, Strafen zu drohen und Strafen zu verhängen, dass er ein subjectives Recht auf Unterlassung aller Verbrechen, bezw. „auf Botmässigkeit" habe, dass er ein Recht auf „Leistung" oder „Duldung" der Strafe, dann wieder, dass er eine „Strafpflicht" habe u. s. f.

Freilich wollen die Schriftsteller damit vielfach nicht behaupten, dass gerade ein subjectives Recht und eine Pflicht im eigentlichen

Sinne anzunehmen sei; erscheint es aber nicht höchst bedenklich, von Rechten und Pflichten dort zu sprechen, wo Rechte und Pflichten nicht vorliegen? Gewiss ist, dass es ein Recht und eine Pflicht des gesetzgebenden Staates, Strafen anzudrohen, nicht gibt; denn Rechte und Pflichten gibt es nur de lege lata. Dass der Staat strafen darf, bezw. kann, dass er also die Freiheit hat, zu strafen, ist kein Grund, von einem subjectiven Rechte zu sprechen; ebensowenig darf man um deswillen von einer Pflicht, Strafen anzudrohen, sprechen, weil der Staat Strafen androhen muss, wenn er Verbrechen verhindern will, für ihn also die Nothwendigkeit zu drohen vorliegt, oder gar deshalb von solcher Pflicht sprechen, weil es ihm unerwünscht ist, strafen zu müssen. Binding spricht unausgesetzt von einem Rechte des Staates zu strafen; dieses Recht „verwandelt" sich in dem Momente in die Pflicht, wenn es der Staat ausüben muss. Dabei wird „Nothwendigkeit" mit Pflicht schlechthin identificiert: „Das Strafrecht — soll wohl heissen: die Strafe — zu dulden ist schweres Leid, es auszuüben für den Inhaber der Strafgewalt eine empfindliche Last, die er nur dann auf sich nehmen darf, wenn dies nothwendig ist, d. h. (!) wenn das Strafrecht sich für ihn in eine Pflicht (?) verwandelt" (Normen I, 430). Bezüglich der lex lata dagegen heisst es: „Das missachtete Recht auf Gehorsam verwandelt (?) sich gegen den Ungehorsamen in ein Recht (?) auf Zwang wegen Ungehorsams" (ibid. 425).

Es ist offensichtig, dass derartige Aufstellungen, weit entfernt, Etwas zu erklären, durchaus verwirrend sind. Zudem wird hiebei übersehen, dass eine Anzahl namhafter Gelehrter überhaupt leugnet, dass der Staat Subject von öffentlichen Rechten und Pflichten sei. Es geht nicht an, im Gebiete des Strafrechtes, zumal was die Grundprobleme betrifft, von so streitigen Begriffen auszugehen, ohne sie auf ihre Berechtigung zu untersuchen.

Wenn im Folgenden der Versuch unternommen wird, das Problem der juristischen Person einer flüchtigen Besprechung zu unterziehen, so gilt es vor allem, die Stelle aufzudecken, wo sich auch im Bereiche dieser Lehre die objectivierende Denkweise geltend macht. Das Mittel hiezu bildet die Methode der Reduction.

Ebenso wie der Begriff des dinglichen Rechtes scheint auch der Begriff der juristischen Person dem Grundsatz zu widersprechen, dass alles Recht in Beziehungen zwischen Menschen besteht. Scheint im Bereiche des dinglichen Rechtes ein Mensch zu einer Sache in Beziehung zu stehen, so stellt sich hier zunächst die Vorstellung ein, dass ein Mensch zu etwas Abstractem in Beziehung steht, oder

dass gar zwei Abstracta in Relation zu einander treten. Denn juristische Person ist ein Rechtssubject, das nicht ein einzelner Mensch ist. Nachdem es aber auch nicht eine Sache ist, der Wahrnehmung aber allemal nur einzelne Menschen und Sachen gegeben sind, kann es wohl nichts Anderes als eine Abstraction sein — wenn es nicht eine Fiction sein soll. Gierkes Ausweg, die juristische Person als eine „psychische Realität" (Privatrecht, I. S. 119, Note 29) zu erklären, scheint nicht unbedenklich. Denn es gibt eine psychische Realität immer nur als ein Geschehen, und geistige Functionen gehen immer nur in einzelnen Menschen vor sich. Der Wille der „Gemeinschaft" kann nur Wille aller Einzelnen oder der Majorität, bezw. der Ausdruck der constanten Willensdisposition aller oder der Mehrheit der Einzelnen sein, wenn auch gewiss nicht als die nach Art arithmetischer Addition sich ergebende Summe von Willensacten isolierter Menschen, sondern eben als Product des Zusammenlebens. Wie sehr sich aber auch die Individuen zur „Willenseinheit" verbinden mögen — das psychische Leben liegt doch immer in den einzelnen Menschen. (Vgl. Kistiakowski, Gesellschaft, S. 144.)

Es hat den Anschein, dass der Terminus juristische Person insoferne schädlich wirkt, als er den Begriff der Persönlichkeit, ein überaus gefährliches Werkzeug juristischer Forschung, einzubringen scheint. Es dürfte sich empfehlen, beim Worte: juristische Person nicht an eine „Persönlichkeit" zu denken, die sich als eine speciell juristisch-gedankliche darstellt und eines greif- und sichtbaren Substrates entbehrt, sondern einfach die Vorstellung damit zu verbinden: Etwas, was Rechte und Pflichten hat, ohne dass es ein einzelner Mensch ist.

Nachdem die folgende Erörterung nicht den Zweck verfolgt, den Begriff der juristischen Person erschöpfend zu behandeln, sondern vor allem im Auge hat, die Relationsnatur des Rechtes auch diesem Begriffe gegenüber zu bewähren, und da ferner der Begriff der Anstalt noch nicht so weit geklärt ist, als dass solche Bewährung ihm gegenüber möglich wäre, wird nur von der Genossenschaft gehandelt werden.

Ein Ueberblick über die Theorien, die über den Begriff der juristischen Person aufgestellt wurden, lehrt, dass sie sich alle auf drei Gruppen zurückführen lassen.

Eine Auffassung gieng und geht dahin, die juristische Person sei eine Fiction; die zweite meint, sie sei etwas Reales; die dritte schlägt den Mittelweg ein und erklärt sie für eine Abstraction. Die

drei Theorien sind der Niederschlag dreier Denkrichtungen, die, consequent verfolgt, zu drei verschiedenen Weltanschauungen führen.

Wer sich an das Sinnenfällige, an das vielfältig Individuelle hält, dem scheint die Vorstellung, Etwas könne Rechte und Pflichten haben, was nicht ein einzelner Mensch ist, mystisch; der muss sich sozusagen erst einen Menschen als Beziehungspunkt hinzudenken, an den das Recht anknüpft: er fingiert.

Wer dagegen die juristische Person als etwas schlechthin Reales erklärt, hat keinerlei Anlass zu Fictionen zu greifen. Ihm ist eine schwierige Denkarbeit gar nicht zugemuthet, wenn er sich ein Rechtssubject vorstellen soll, dem eine concrete Unterlage zunächst fehlt. Denn das wahrhaft Seiende ist einer solchen Auffassung stets nur das hinter den Erscheinungen Verborgene: die Idee, das Abstracte.

Der Theorie, welche die juristische Person für eine Abstraction erklärt, liegt der Standpunkt des Criticismus zu Grunde, der weder das sinnfällig Gegebene, noch das Abstracte für das schlechthin Seiende erklärt, sondern sich begnügt, die Aussenwelt als Object hinzunehmen, das ihm stets durch die Subjectivität des Betrachters gefärbt erscheint.

Freilich könnte man nicht schlechthin behaupten, dass es, um die philosophische Grundstimmung eines Juristen zu erkennen, genügte, seine Theorie der juristischen Person nachzublättern. Denn als ein juristischer Begriff wird der Begriff der Rechtspersönlichkeit nicht ausschliesslich aus dem speculativen Denken, sondern auch auf dem Umwege über den Rechtsbegriff hergeleitet; demnach erscheint er gemäss den verschiedenen juristischen Anschauungen der Schriftsteller verschieden aufgefasst.

Man kann die beiden extremen Richtungen kurz dahin characterisieren, dass man die eine, die in die Fictionstheorie ausmündet, die concrete, die andere, die die juristische Person als etwas Reales betrachtet, die abstracte Denkrichtung nennt. Die mittlere Richtung wird beiden Denkarten gerecht; sie sondert das Concrete vom Abstracten und berücksichtigt sie beide.

Es ist nun seit Gierkes eingehenden Darlegungen anerkannt, dass die juristische Person — von der Anstalt soll, wie betont, abgesehen werden — ein Verband ist. Der Verband enthält die Momente des Concreten und des Abstracten. Concret ist die Vielheit der im Verbande stehenden Menschen, abstract ist die Einheit als solche, die gedanklich aus der Vielheit ausgeschieden und ihr gegenübergestellt wird. Gerade darin, dass sich Gierke als Substrat eine Vielheit einzelner Menschen ergeben hat, liegt die

grosse Bedeutung seiner Lehre. Denn jetzt erst, so scheint es, ist es möglich, den Widerspruch, in dem der Begriff des Rechtes als eines Systemes von Beziehungen zwischen einzelnen Menschen und der Begriff der juristischen Person mit einander zu stehen scheinen, zu lösen.

Man sollte meinen, dass mit der Anerkennung der juristischen Person als einer collectiven Einheit der Gegensatz der zwei extremen Auffassungen im Bereiche dieses Problems aus der Welt geschafft ist, dass die drei Auffassungen in der mittleren zusammenfallen. Dem ist aber nicht so. Es herrscht vielmehr noch innerhalb der mittleren Anschauung Streit darüber, ob die juristische Person etwas Reales oder nicht Reales sei. Beide Auffassungen stehen auf dem Boden der critischen Betrachtung, vermögen sich jedoch über einen Punkt nicht zu einigen. Der Gegensatz gipfelt in den Vertretern der beiden Richtungen, die ihre Ansichten am eingehendsten dargelegt haben: Gierke und Jellinek. Er liegt, wie es scheint, hauptsächlich darin, dass Gierke an das Problem von der morphologischen Seite heranrückt, indem er die juristische Person als Organismus construiert, der als Totalität, als Einheit, rechts-, willens- und handlungsfähig ist (Genossenschaftstheorie 603, 624), während Jellinek vorwiegend juristisch operiert, indem er von dem Satze ausgeht: „Subjekt im Rechtssinne ist kein Wesen, keine Substanz, sondern eine verliehene, durch den Willen der Rechtsordnung geschaffene Fähigkeit". (Staatslehre, I, 150). Demgemäss ergibt sich Jellinek auch nicht eine „reale Verbandsperson", sondern nur eine substantiiert gedachte, weder reale, nach abstracte Einheit.

Um die beiden Auffassungen richtig zu würdigen, muss man stets im Auge behalten, dass die Darlegung in beiden Fällen eine polemische Spitze gegen die Fictionstheorie enthält. Wenn Gierke hervorhebt, die juristische Person sei etwas Reales, so soll vor allem betont werden, dass es nicht erst einer Fiction bedarf. Und wenn Jellinek sagt, Rechtssubject sei kein Wesen, keine Substanz, so erklärt er, dass man nicht zu fingieren brauche, damit von einem Rechtssubject die Rede sein könne.

Immerhin aber besteht ein Gegensatz, der, wie es scheint, darauf hinausläuft, dass nach Gierke der Verband schlechthin, als Organismus gedacht, Rechtssubject ist, nach Jellinek dagegen weder die im Verband liegende concrete Vielheit, noch auch die abstracte Einheit als solche, sondern etwas gleichsam zwischen den beiden Liegendes. Die Einheit des Verbandes wird von Jellinek als etwas für sich Seiendes, ausserhalb der Bewusstseinsvorgänge der

im Verbande stehenden Menschen Gegebenes — gewiss völlig zutreffend — „als unser Erkenntnisvermögen übersteigend" negiert, weiters aber erklärt: „Von allen Anhängern der Gemeinwesentheorie wird, wie nicht anders möglich, der Staat als ein Wesen aufgefasst. Wir müssen nämlich jede reale Einheit denknotwendig substanziiren. Solche Substanziirung vermittelt auch richtige Erkenntnis, wofern wir uns nur hüten, ein sinnliches Object an Stelle des Substrates zu setzen, das wir als Grundlage der Beziehungen der einzelnen Glieder einer socialen Einheit postuliren. Indem wir für die Verbandseinheit einen einheitlichen Träger, ein Individuum fordern, nehmen wir keine Fiction, ja nicht einmal eine Abstraction aus thatsächlich Gegebenem vor" (Staatslehre I, 143). Damit ist für Jellinek ein Zusammenstimmen der logisch-psychologischen und juristischen Betrachtung gegeben. Denn Rechtssubject sein heisst nicht Wesen, sondern nur Fähigkeit sein.

Gierke wirft die Frage nach dem Substrate des Rechtsubjectes von der juristischen Seite her als principielle nicht auf. Nachdem ihm der Wille der „Kern der Rechtssubjektivität" ist (Genossenschaftstheorie 609), und der Verband als Träger eines einheitlichen Willens erscheint, ergibt sich ihm die Verbandsperson, der Organismus, schlechthin als Rechtssubject, ganz nach Analogie des einzelmenschlichen Rechtssubjectes.

Beiden Auffassungen ist gemeinsam, dass die juristische Person ebenso gut und genau in der nämlichen Weise Rechtssubject ist, wie die physische Person. Sie unterscheiden sich darin, dass Gierke die juristische Person von der abstracten Höhe herunterholt und sie als Organismus den einzelmenschlichen Rechtssubjecten zur Seite stellt, Jellinek dagegen sich mit seiner Auffassung vom realen Boden entfernt, indem er, wie sich noch genauer zeigen wird, die physische Person der juristischen coordiniert. Beide Anschauungen erregen die Meinung, als sei durch die Gleichstellung der physischen und juristischen Person der Begriff der juristischen Person völlig klargestellt.

Zweierlei gibt nun zu denken: fürs Erste kann wohl nur eine der beiden Anschauungen zutreffen: entweder ist das Moment des Realen dasjenige, was das Zusammentreffen des Substrates Verband und der Rechtssubjectivität ermöglicht, oder das Moment des Abstracten, blos gedanklich Substantiierten. Weiters aber geben die Darstellungen der Anschauungen selbst zu verschiedenen Bedenken Anlass.

Nach Gierke entsteht, wenn etwa zehn Personen zu einem Vereine zusammentreten, eine elfte Person, die als solche „unsicht-

bare Verbandspersönlichkeit", trotzdem aber etwas Reales, Wollendes und Handelndes ist, gleichsam eine immaterielle Substanz. Trotz ihrer Unsichtbarkeit aber ist sie ein Organismus mit sichtbaren Organen, denn die Organe sind einzelne Menschen. Die Gleichstellung der unsichtbaren Organpersönlichkeit mit den Organismen, die einzelne Menschen sind, wird ausdrücklich hervorgehoben, indem die Unterscheidung, die man vor Gierke aufgestellt hat: der einzelne Mensch handelt selbst, die juristische Person dagegen durch Organe, energisch abgewiesen wird (Genoss. 614 f.): „Man darf keineswegs, wie dies häufig geschieht, einen Unterschied der juristischen Person von der physischen Person darin erblicken, dass die erstere nur durch Organe wollen und handeln kann. Denn in dieser Lage befindet sich auch die Einzelperson." Die Unterscheidung wird aber doch wieder zugegeben, da Gierke weiter erklärt: „Allein nur die juristische Person hat Organe im Rechtssinne . . ." Mit diesem Zugeständnis fällt nun eigentlich wieder die Gleichstellung, da ja Gierkes Gegner schliesslich nichts Anderes behaupteten, als: die juristische Person handelt durch einzelne Menschen, die mit ihr nicht schlechthin identisch sind, dagegen das einzelmenschliche Rechtssubject bedarf eines anderen Menschen in der Regel nicht, um zu handeln. Trotz der Unterscheidung hält aber Gierke die Gleichstellung aufrecht, da der einzelne für den Verband Handelnde „Organ" im Sinne der organologischen Auffassung ist, und das handelnde Organ im Momente der Handlung bezüglich dieser Handlung mit der unsichtbaren Verbandspersönlichkeit identisch ist: „Das Gemeinwesen . . . deckt sich als wollende und handelnde Persönlichkeit vollkommen mit dem dabei fungirenden Organ" (Genoss. 624). Mit dieser Erklärung jedoch gelangt Gierkes Auffassung in eine bedenkliche Schwierigkeit: Der Vergleich der juristischen Person mit einem Organismus — der nach Gierke, strenge genommen, nicht Vergleich, sondern Gleichsetzung ist — lässt sich nicht aufrechterhalten. Das für den Verband handelnde Organ soll sich zur unsichtbaren Verbandspersönlichkeit, wie die Hand — als Organ — zu dem handelnden Menschen verhalten. Würde Gierkes Vergleich strenge durchgeführt, so gelangte man zu der Behauptung: Wie die ganze Verbandspersönlichkeit im Momente der Handlung im handelnden Organ verschwindet, so verschwindet der handelnde, z. B. der schreibende Mensch in seiner Hand — eine gewiss unmögliche Folgerung, der sich aber, wie es scheint, Gierkes Auffassung nicht zu entziehen vermag.

In der That gibt sich in der Vorstellung, die einen Verband als Organismus hinstellt, ihn also gleichsam mit Fleisch und Bein ver-

sieht, ohne ihn doch sichtbar werden zu lassen, in der Auffassung, dass eine solche unsichtbare Persönlichkeit wollen und handeln könne — und zwar nun wieder durch sichtbare Organe —, eine objectivierende Denkweise kund. Das Abstracte wird als von den einzelnen Menschen, aus denen es durch Synthese gewonnen wird, isoliert gesetzt und mit selbständigem Leben begabt. Eine unsichtbare Persönlichkeit als Organismus zu bezeichnen, bleibt doch immer nur ein Vergleich und zwar, wie sich gezeigt hat, ein bedenklicher Vergleich. Die Lehren, die aus der Vergleichung gezogen werden, müssten immer erst daraufhin geprüft werden, ob der herangezogene Vergleichspunkt auch zutrifft. Kurz, die organologische Auffassung operiert, statt mit Argumenten, mit Analogien, deren Zutreffen erst bewiesen werden müsste. Sie ist insoferne erkenntniscritisch bedenklich; sie ist aber auch methodisch nicht empfehlenswert, da sie, wie noch zu zeigen ist, eine nothwendige Ueberlegung ausseracht lässt, ja ausschliesst.

Mit der Abweisung der organologischen Auffassung fällt auch die auf ihr beruhende Heranziehung des realen Momentes zur Erklärung des Begriffes der juristischen Person.

Der Darstellung, die Jellinek gibt, ist insoferne zuzustimmen, als sie der organologischen Anschauung aus dem Wege geht. Es ist ferner einzuräumen, dass die juristische Person nicht eine Fiction, sondern eine collective Einheit ist, dass die logisch-psychologische Structur von der juristischen Structur scharf zu sondern ist, endlich, dass „der Begriff des Rechtssubjektes ein rein juristischer Begriff, daher keine dem Menschen anhaftende reale Qualität, sondern wie alle Rechtsbegriffe, seinem Wesen nach eine Relation ist." (Diese logische Unterscheidung bildet ja die Grundlage der Ausführungen in dieser Darstellung.)

In dreifacher Hinsicht aber erscheint die Erklärung des Begriffes der juristischen Person, die Jellinek gibt, bedenklich.

1. Im System der s. ö. Rechte heisst es an einer Stelle (S. 27), dass es eigentlich nur juristische Personen gebe. Die Bezeichnung „physische Person" enthalte eine „contradictio in adjecto." „Es gibt keine natürliche, nur juristische Persönlichkeit." Ist es nun zweifellos richtig, dass man zwischen dem „natürlichen" Menschen, dem Complex von Zellen, und der juristischen Persönlichkeit unterscheiden muss, so übersieht Jellinek, dass man auch psychologische und juristische Persönlichkeit trennen kann und muss. Person im psychologischen Sinne ist ein einheitliches Willenscentrum, „Jemand" im Gegensatz zu „Etwas." Der römische Sclave (die Quellen sprechen selbst von „persona servi", l. 86, § 2 D, 30), der unerlaubte Verein ist Person im psychologischen, nicht im Rechtssinne, der Säugling

kann Person im Rechtssinne, nicht im psychologischen Sinne genannt werden. Und wenn auch der Terminus: natürliche, physische Person nicht ganz correct ist, so bringt er doch die juristisch wichtige Unterscheidung zum Ausdrucke, dass Rechtssubjectivität einmal einem einzelnen Menschen, ein anderes Mal einem Gebilde zukommt, das nicht ein einzelner Mensch ist. Und dieser Unterschied wird verwischt, wenn man, wie Jellinek, immer nur von juristischen Personen sprechen will und dadurch den Anschein erweckt, als sei das Rechtssubject: Verband juristisch gerade so einfach zu begreifen, wie das Rechtssubject: einzelner Mensch.

2. Um plausibel zu machen, dass eine Rechtsbeziehung an eine collective Einheit anknüpfen könne, wird erklärt, dass Person im Rechtssinne nicht ein Wesen, eine Substanz ist. Daher könne Rechtssubject das bloss substantiiert Gedachte, das Ding sein, welches weder Fiction, noch auch Abstraction ist. Und auch hier bewährt sich die Methode, die physische Person, die als etwas ganz Abstractes hingestellt wird, der juristischen Person gleichzustellen. Denn, so heisst es, auch der einzelne Mensch sei nicht Einheit im Sinne einer abgeschlossenen, unveränderlichen Substanz, noch auch als ein in sich beruhendes psychisches Wesen, sondern vielmehr körperlich und geistig teleologische Einheit. Man denke sich zwar nothwendig das „Ich" als eine Substanz; doch sei diese Vorstellung eine transscendente. Und nun wird geschlossen: „Den Staat — und es soll vom Staate vorläufig abgesehen und substituiert werden: die collective Einheit — als Rechtssubjekt zu erfassen, geschieht daher (!) mit nicht minderem Rechte als die Auffassung des Menschen als eines Rechtssubjektes." (Staatslehre I, 151.)

Fragt man nun präcise: An welchen Punkt der collectiven Einheit knüpft die Rechtsbeziehung an?, so muss man nach Jellinek antworten: Sie knüpft weder an die concrete Vielheit der im Verbande stehenden Menschen, noch auch an die abstracte Einheit an. Die abstracte Einheit wird verdinglicht, aber dieses Ding ist etwas Transscendentes; als solches ist es weder real — man muss sich „hüten", darin ein „sinnliches Substrat" zu erblicken —, noch auch abstract — „indem wir für die Verbandseinheit einen einheitlichen Träger, ein Individuum fordern, nehmen wir ja keine Fiction, ja nicht einmal eine Abstraction . . . . . vor" — (S. 143), und es soll doch auch „keine Fiction" sein. In der That nun ist nichts da, kein Punkt, an den die Beziehung anknüpfen könnte, und es scheint, trotz der gegentheiligen Versicherung, nichts vorzuliegen, als eine Fiction. Zwar besteht der Verband (damit ist die romanistische Fictionstheorie eliminiert); aber er ist beiseite geschoben, und als Sub-

strat der Rechtsbeziehung erübrigt nichts, als ein leerer mittelst Synthese ausgefüllter Raum, der nur eine transscendente Realität beherbergt, die eben als solche für das Recht nicht in Betracht kommt. (Damit soll nicht gegen die Categorie „Ding", sondern lediglich dagegen polemisiert werden, dass dieses Ding ohne Weiteres als Rechtssubject angesehen wird.)

3. Die analogische Heranziehung des einzelmenschlichen Rechtssubjectes beruht nun auf folgendem Syllogismus: Der Verband sowohl, als der einzelne Mensch ist teleologische Einheit. Der einzelne Mensch kann unbestritten Rechtssubject sein. Folglich: der Verband kann Rechtssubject sein. — Dieser Schluss ist nur unter einer Voraussetzung richtig, u. zw. nur dann, wenn der einzelne Mensch gerade als teleologische Einheit, als „Ich" Rechtssubject ist, was hier eben stillschweigend supponiert wird. Gerade diese Voraussetzung aber trifft nicht zu.

Gewiss ist die Erkenntnis wichtig, dass sowohl der Verband, als das „Ich" teleologische Einheit ist. Aber der Mensch ist nicht als teleologische Einheit Rechtssubject.

Jellinek selbst hebt in seinen Werken wiederholt die sociale Natur des Rechtes hervor. Das Recht ist nur aus dem Zusammenleben der Menschen entstanden, nicht vom einzelnen „Ich", dem isolierten Individuum, ausgegangen. Als ein Product der Gemeinschaft ist es massenpsychologischer Natur. Das Recht erfasst sonach nicht den einzelnen Menschen an sich, sondern, phylogenetisch genommen, den Gattungsangehörigen, — ontogenetisch betrachtet, den Rechtsunterworfenen in seiner Eigenschaft als Durchschnittsangehörigen der Gemeinschaft nach dem jeweiligen Stande der Cultur. Nicht das „Ich", der substantiiert gedachte Zusammenhang der mit einander verschmolzenen Apperceptionsmassen, und nicht die körperliche Seite des Menschen als eines im steten Wechsel begriffenen animalischen Organismus ist Substrat der Rechtsbeziehug, sondern der Einzelne als Durchschnittsmitglied der Rechtsgemeinschaft. Treffend sagt Kistiakowski, Gesellschaft 103: „Wir können in den Gesellschaftswissenschaften nicht einmal bis zum isolierten Individuum herabsteigen, weil dasselbe einen kontradiktorischen Gegensatz mit der Gesellschaft bildet, und müssen immer mit dem Begriff eines »Sozialen Menschen« operieren."

Wäre das Individuum als solches Rechts- und Pflichtsubject, so könnte es beispielsweise für einen Deterministen ein Strafrecht nicht geben; ja es könnte eine ethische Macht überhaupt nicht geben. Gerade die individualistische Philosophie — Stirner, Nietzsche — gelangt zur Leugnung des Rechts und der hetero-

nomen Moral, weil sie eben die Vielheit ausser Acht lässt, aus welcher die socialpsychischen Mächte hervorgegangen sind.

Und nunmehr fragt sich weiter: Wenn Rechtssubject stets nur die substantiiert gedachte teleologische Einheit als solche ist, wieso kommt es, dass, wie Jellinek selbst betont, „Voraussetzung der Rechtsfähigkeit stets der Mensch" ist? (Staatslehre I, 150). Wenn Rechtssubject nur die teleologische Einheit als solche ist, müsste begrifflich jede teleologische Einheit Rechtssubject sein können. Also nicht nur Thiere, sondern auch leblose Dinge, wie alle Gebrauchsgegenstände. Alle diese Gegenstände nennt Jellinek zutreffend selbst teleologische Einheiten. Gerade an diesem Punkte scheitert Jellineks Auffassung, dass die letzte rechtliche Einheit die teleologische Einheit ist. Die letzte rechtliche Einheit sind die einzelnen Menschen als Gruppenangehörige, ihre Durchschnittsinteressen und ihre Beziehungen zu anderen einzelnen Menschen. . Sollen die Rechtsbegriffe erklärt werden, so müssen sie auf diese letzten Einheiten zurückgeführt werden. Es geht nicht an, zu sagen: Die Lehre, dass „unter dem Gesichtspunkt theoretischer Erkenntnis selbstverständlich in allen Fällen nur Einzelindividuen vorhanden sind", habe „für das durch und durch praktische Recht" nicht „den geringsten Wert." (System S. 24.)

Die Rechtswissenschaft muss bis zur letzten rechtlichen Einheit herabsteigen. Letzte rechtliche Einheit ist aber nicht das Einzelindividuum „als geistige und körperliche Einheit", weder das psychische Ich, noch sein körperliches, einem beständigen Stoffwechsel unterworfenes Substrat. Gerade der treffende Vergleich mit der Symphonie (System, S. 13) hätte Jellinek davor bewahren sollen, den Menschen in das Recht als „körperlich und geistig teleologische Einheit" einzuführen. Eben weil das Recht „durch und durch praktisch", eine Form des praktischen Lebens ist, ist der wollende und handelnde Mensch, und zwar als Durchschnittsangehöriger der Gruppe, nicht aber die teleologische Einheit, Rechtssubject. Die das Recht interessierende Einheit bei Seite zu schieben und als Rechtssubject ein Vacuum zu setzen, ist eine objectivierende Vorstellung. (Treffend Karlowa, Grünhut, Bd. XV, S. 389 f.).

Wenn weiters, wie Jellinek zugesteht, Subject im Rechtssinne „kein Wesen, keine Substanz", sondern „eine verliehene, durch den Willen der Rechtsordnung geschaffene Fähigkeit" ist, so muss doch irgend Etwas, wie immer man dieses Etwas erfassen will, vorhanden sein, dem die Fähigkeit verliehen wird. Und dieses Etwas muss so beschaffen sein, dass das Recht mit der Verleihung der Fähigkeit überhaupt vorgehen kann. Eine Rechtsbeziehung ist

gewiss für sich nur eine Relation; aber nicht alles Beliebige, nicht ein Nichts kann in einer bestimmten Relation stehen, sondern nur Wesen mit bestimmten Qualitäten, wie etwa nur räumlich ausgedehnte Gegenstände in einer räumlichen Relation stehen können.

Ist nun der Gruppenangehörige die letzte rechtliche Einheit, dann ist die juristische Person als Verband, der, als Einheit gesetzt, eine Abstraction ist, nicht früher als erklärt anzusehen, als bis die Beziehung, die zunächst als Beziehung zwischen einem Menschen und einer Abstraction erscheint und daher unverständlich ist, als ein Complex von Beziehungen zwischen einzelnen Menschen erkannt ist. Als eine reale Macht ist ja das Recht nicht ein Inbegriff von Beziehungen zwischen teleologischen Einheiten, sondern zwischen Menschen. Man darf sich auch nicht durch den scheinbaren Widerspruch irremachen lassen, der darin liegt, dass man sagt: In Rechtsbeziehung stehen miteinander in letzter Linie nur Gruppenangehörige, und der Gruppenangehörige ist nur eine Abstraction; wonach also das Recht doch in Beziehungen zwischen Abstractionen bestände. Der Widerspruch löst sich damit, dass die Behauptung, dass das Recht nur die Gruppenangehörigen erfasst, lediglich kurz ausdrückt, dass, wenn auch immer nur Individuen real gegeben sind und handeln, doch rein individuelle Eigenschaften bei der rechtlichen Beurtheilung vernachlässigt werden. Nicht individuelle, sondern Durchschnittsinteressen schützt das Recht, und nicht das Individuum mit allen seinen singulären körperlichen und geistigen Eigenschaften wird rechtlich beurtheilt und verantwortlich gemacht. Vor dem Forum des Rechtes werden ausschliesslich die Durchschnittseigenschaften berücksichtigt. Diese Beschränkung des Rechtes auf ein Durchschnittsmaass macht es allein möglich, dass ein Strafrecht existiert. Wer diese sociale Function des Rechtes und den generellen Maasstab übersieht und nur vom Individuum ausgeht, Der muss folgerichtig mit Nietzsche sagen: „Wenn die Kenntnis, welche der Vertheidiger eines Verbrechers von dem Fall und seiner Vorgeschichte hat, weit genug reicht, so müssen die sogenannten Milderungsgründe, welche er der Reihe nach vorbringt, endlich die ganze Schuld hinwegmildern" (Menschliches, Bd. II, 4. Aufl., 1. Abth., Z. 24). Die rechtliche Verurtheilung aber beruht eben nicht auf dem Nichtwissen, sondern auf dem Nichtberücksichtigen.

Die Antinomie löst sich also damit, dass man, den wahren Sachverhalt anerkennend, einräumt, dass thatsächlich nur Individuen real gegeben sind und in Lebensbeziehungen miteinander stehen, dass aber die individuellen Eigenschaften, durch die sich gerade das eine Individuum von allen anderen unterscheidet, vom Richter bei

der Beurtheilung nicht in Anschlag gebracht werden. Und insoferne sind alle Rechtsbeziehungen Lebensbeziehungen zwischen Gruppenangehörigen, zwischen Trägern von Durchschnittsinteressen. Insoferne man von Rechten und Pflichten von Gebilden spricht, die zunächst nicht einzelne Gruppenangehörige sind, also von sog. juristischen Personen, ist es, wie gesagt, zur Erklärung dieser Phänomene nothwendig, zu untersuchen, ob sich diese völlig unbegreiflichen Beziehungen nicht als Complexe von Beziehungen zwischen einzelnen Menschen erweisen lassen. Sollte solche Zurückführung gelingen, dann ist es möglich, den Begriff der juristischen Person überhaupt als richtig anzunehmen, und dann ist es erst möglich, den Begriff zu verstehen. Nicht um Leugnung des Begriffes handelt es sich, sondern um Erklärung. Er wird im Folgenden vorerst als bestehend angenommen und analysiert. Die logische Zusammenfassung der durch die Analyse geschiedenen Elemente wird dann synthetisch den Begriff wieder zusammenschliessen.

Damit nun die Qualitäten dessen, was in Rechtsbeziehung stehen kann, bestimmt werden können, oder mit anderen Worten, damit angegeben werde, welchen Subjecten die Rechtsfähigkeit zukommen könne, ist es erforderlich, vom Begriff der Rechtsbeziehung auszugehen. Es hat sich ergeben, dass in letzter Linie nur Einzelne als Gruppenangehörige in Rechtsbeziehung stehen, und es befremdet daher, dass in manchen Fällen nicht ein einzelner Mensch, sondern ein Verband Rechtssubject sein soll. Und es erhebt sich die Frage: Wenn sich ein Verband als concrete Vielheit von Menschen und als gedachte Einheit darstellt, welches der beiden Momente ist für die Rechtsbeziehung maassgebend? Wer das Schwergewicht auf die menschliche Qualität, also auf die concrete Vielheit legt, der kommt in Conflict mit dem Momente der Einheit. Denn nur einzelne Menschen sollen in Rechtsbeziehung stehen. Wer aber die gedachte Einheit als solche Rechtssubject sein lässt, der lässt eben den Menschen aus dem Spiel. Das Recht aber ist Function nur in den Menschen. Klebt man aber die beiden Seiten des Verbandes, Vielheit und Einheit, zusammen, dann geht die wichtige logischpsychologische Structur des Verbandes verloren.

In dieser Schwierigkeit liegt, wie es scheint, das Problem der juristischen Person; diese Fragen tauchen beim einzelmenschlichen Rechtssubject überhaupt nicht auf. Und diese Fragestellung wird verhindert, wenn man ab initio den Unterschied zwischen physischer und juristischer Person verwischt, indem man sie beide als homologe Gebilde hinstellt, mag man sie,

wie Gierke, beide als Organismen oder, wie Jellinek, beide als teleologische Einheiten Rechtssubject sein lassen.

Die Erkenntnis, dass der einzelne Mensch als Gruppenangehöriger Rechtssubject ist, darf nicht dazu verleiten, die gedachte Einheit deshalb als den Punkt anzusehen, an den die Rechtsbeziehung anknüpft, weil der Gruppenangehörige, wie betont, eine Abstraction ist. Denn die gedachte Einheit wurde aus der Vielheit mittels Synthese gewonnen, während sich der Gruppenangehörige zum Individuum wie der Gattungs- zum Artbegriff verhält. Die Verschiedenheit dieser Denkprocesse scheint Gierke zu übersehen, wenn er erklärt: „Die Verbandsperson ist eine wirkliche, nicht bloss erdichtete Person. Als Rechtsbegriff beruht sie freilich auf einer Abstraktion... Diese Abstraktion aber ist von derselben Beschaffenheit, wie die Abstraktion, vermöge deren der Begriff der Einzelperson zu Stande kommt" (Privatrecht I, S. 470).

Wie aber der Gruppenangehörige nicht neben dem Individuum steht, so ist auch die Zerfällung des Verbandes in eine concrete Vielheit und eine abstracte Einheit nicht eine thatsächliche, sondern nur eine logische Trennung. Der Verband als Ganzes besteht nicht aus einem concreten und einem abstracten Stück. Das Thatsächliche, was der Trennung zu Grunde liegt, ist nur sein Bestehen in einer Vielheit von Menschen. Stellt man den Verband als Rechtssubject hin, so kann man daher auch nicht meinen, eines der beiden Stücke sei Rechtssubject, sondern: der Verband als solcher. Ist aber das Recht wirklich die Form des Lebens, so muss ein compliciertes Substrat auch ein compliciertes Rechtssubject ergeben. Und soll die Zerfällung des Substrates in eine concrete und eine abstracte Seite für das Recht überhaupt einen Erkenntniswert haben, und sollen die Begriffe Verband und Rechtssubject derart aufeinander passen, dass man sie wie congruente Dreiecke restlos aufeinander legen, und sagen kann: der Verband ist Rechtssubject, so muss auch — und das ist der Kernpunkt — der Begriff Rechtssubject die Zerfällung zulassen, und zwar in derselben Weise, wie der Begriff Verband zerlegt wurde. Da jedoch vorläufig unklar ist, welche Bedeutung es haben soll, von einer concreten und einer abstracten Seite im Begriffe des Rechtssubjectes zu sprechen, so soll zuerst versucht werden, der Unterscheidung im Begriffe Verband ansprechende Bedeutung und klaren Sinn zu entlocken.

Der Verband nun ist eine teleologische Einheit. Aus der realen Vielheit wurde die gedachte Einheit mittelst Synthese abstrahiert. Das einigende Princip, das die Erfassung des Vielheitlichen als einer Einheit gestattet, liegt darin, dass die Verbandsglieder als

solche gleiche Willensdispositionen aufweisen, bezw. als Träger gleichartiger Interessen erscheinen. Die Einzelnen bilden zusammen eine Willenseinheit, die ihrer Grundlage nach als Gemeinwille, ihrer Tendenz nach als Gesammtzweck bezeichnet wird. Das Heer der Vielen sammelt sich unter dem Banner des Zweckes, dem sie insgesammt zustreben. (Der Einfachheit halber soll im Folgenden nur von Willensfähigen gesprochen werden.)

Die Isolierung des Gemeinwillens von seinem concret-vielheitlichen Substrat darf nur unter dem Vorbehalt erfolgen, dass der Gemeinwille nicht ausserhalb der Verbandsglieder liegt, da Willensacte nur in den Menschen stattfinden. Da aber die Menschen nicht schlechthin, sondern nur Etwas wollen können, bedarf jeder Willensact eines Inhaltes. Dieser Inhalt aber ist bei allen Verbandsgliedern der gleiche und ist mit der logischen Isolierung des Gemeinwillens eben ausgeschieden. Darnach bleibt für die concrete Vielheit nur die leere Form der Willensacte zurück. Der Inhalt liegt bei der Einheit, die Form bei der Vielheit. Im Bereiche des Begriffes Verband baut sich also die Gegensätzlichkeit zwischen Vielheit und Einheit auf der Antithese Form-Inhalt auf. Vielheitlich ist die Form des Gemeinwillensactes, — einheitlich ist sein Inhalt.

Wenn nun diese Antithese im Begriffe Rechtssubject aufgesucht werden soll, ist darauf Bedacht zu nehmen, dass Inhalt und Form nicht unbedenklich einander gegenübergestellt werden können, da sie, wie bereits betont (oben § 2), nicht stricte Gegensätze sind und mithin leicht dazu verleiten, Momente mit einander zu confrontieren, die in den zerlegten Begriffen: Verband und Rechtssubject einander nicht entsprechen.

Hatte innerhalb des Verbandes die Gegenüberstellung das Wie? und das Wohin? des Zweckstrebens zum Gegenstande, so entspricht ihr im Rechtsbegriffe das Wie? und das Wohin? des Zweckstrebens im Rechte. Als geltendes, wirkendes Recht übt das Recht die Function, und verfolgt das Gesetz den Zweck, die Interessen zu schützen. Und zwar übt das Recht diese Function in der Form von Beziehungen. Rechtssubject sein heisst ja formell: in Beziehung stehen, inhaltlich: Träger von geschützten Interessen sein.

Tritt nun ein Verband als Rechtssubject auf, so entspricht seinem inhaltlichen Moment, dem Gemeinwillen, dem Gesammtinteresse, das Moment des Interessenschutzes im Rechte; dem formalen Momente der Vielheit der einzelnen im Verbande stehenden Menschen das Moment der Beziehung im Rechte. Der Unterschied der juristischen Person vom einzelmenschlichen Rechtssubjecte be-

steht also inhaltlich darin, dass ein Gesammtinteresse, nicht das Interesse eines einzelnen Menschen geschützt, bezw. bekämpft ist, und formell darin dass die Beziehung nicht eine einheitliche, sondern entsprechend der Vielheit des Substrates eine vielheitliche ist. Damit tritt neben die methodologische die sachliche Rechtfertigung der Reductionsmethode. Und nunmehr ist eben aufzuweisen, wie diese Beziehungen beschaffen sind, wenn behauptet wird, ein Verband sei Rechtssubject.

Vor allem ist festzuhalten, dass das „Gesammtinteresse" des Verbandes nichts ist, was ausserhalb der Verbandsglieder gegeben wäre. Es ist aber nicht die Summe der Interessen der einzelnen Verbandsglieder, sondern ein Mehr. Denn durch das Zusammentreten zum Verbande entstehen Interessen, die die Einzelnen als Isolierte gar nicht haben können: so z. B. das Interesse am Bestehen des Verbandes, an der Thätigkeit der Organe u. s. f. Deshalb ist das rechtlich geschützte Interesse des Verbandes für das Recht ein einheitliches Interesse, und deshalb spricht man von einem einheitlichen Rechtssubject. Das einigende Moment liegt in dem Inhalte der Rechtssubjectivität, nicht in ihrer Form. Die Form muss eine vielheitliche sein. Die eine Rechtsbeziehung, von der man redet, wenn man von juristischer Person spricht, ist in ein ganzes Netz von Beziehungen zwischen einzelnen Menschen aufzulösen. (Gerade um diese Auflösung hat sich Gierke selbst mit dem grössten Erfolge bemüht, indem er das „Innenleben des Verbandes" untersuchte.)

Der Inhalt des Rechtes aber kommt für die formale Construction nicht in Betracht. Für die formale Construction existiert diese eine Rechtsbeziehung, in welcher die juristische Person steht, zunächst nicht. An ihre Stelle tritt ein Complex von Beziehungen zwischen einzelnen Menschen. Die Auflösung hat nun wesentlich 2 Fälle auseinander zu halten:

I. Den Fall, dass die juristische Person zu einem Ausserhalbstehenden in Beziehung steht, zu einem Menschen, der nicht Verbandsmitglied ist, und

II. den Fall, dass dem Rechtssubject Verband ein Mitglied dieses Verbandes selbst gegenübertritt. Dieser letztere Fall ist im Bereiche des einzelmenschlichen Rechtssubjectes schlechterdings unmöglich; er ist dagegen immer gegeben, wenn man von einem Rechtsverhältnis zwischen Staat und Staatsangehörigem als solchem, zwischen Gemeinde und Gemeindeangehörigem als solchem u. s. f. spricht.

ad I. Um die Fülle der Beziehungen aufzudecken, welche vorliegen, wenn man in Würdigung des Umstandes, dass ein Gemein-

interesse rechtlich geschützt ist, von einer einzigen Rechtsbeziehung spricht, die angeblich zwischen einer Abstraction und einem ausserhalb des Verbandes stehenden Menschen besteht, bedarf es noch einer Unterscheidung. Der Verband kann Rechte und Pflichten haben, Rechtssubject und Pflichtsubject sein. Da das Recht für die formale Construction ausschliesslich Motiv und als solches geistige Function bloss im Verpflichteten ist, so liegt die Schwierigkeit des Problems der juristischen Person vor allem in der Pflichtsubjectivität des Verbandes. Und es erheben sich die Fragen: Wie erfolgt die Determination des Gemeinwillens? und wie geht die Pflichterfüllung des Verbandes vor sich?

Ist der Verband Rechtssubject, so bedarf es hiezu einer Action nicht. Eine Action tritt erst ein, wenn das Recht ausgeübt wird; ferner, wenn das Recht gegen den Widerstrebenden geltend gemacht wird.

Die Rechtsausübung gehört als Rechtsgenuss nicht mehr dem Rechte an. Sie stellt nur die Erfüllung des Zweckes dar, den das Recht verfolgt, und der, wie Thon und Jellinek richtig hervorheben, nothwendig ausserhalb des Rechtes liegt. Dass gemäss dem vielheitlichen Substrat die Rechtsausübung eine vielheitliche ist, ist also irrelevant.

Der Betrachtung erübrigen sonach lediglich die Pflichterfüllung des Verbandes und die Geltendmachung des Rechtes des Verbandes. Hier tritt nun der wichtige Unterschied zwischer physischer und juristischer Person hervor.

Man hat endlos gestritten und streitet heute noch, ob die collective Einheit als solche willens- und handlungsfähig ist. Der vornehmste Vertreter der bejahenden Antwort ist Gierke. Mit der Rechtsfähigkeit ist ihm zugleich die Willens- und Handlungsfähigkeit gegeben. Diese Lehre ist nur auf Grund der organologischen Auffassung möglich, die die juristische Person als ein zuständig gegebenes, lebendiges Wesen auffasst. Diese Auffassung leidet aber, abgesehen von den bereits hervorgehobenen Bedenken, daran, dass sie übersieht, dass Rechtssubject, juristische Person sein, formell nichts heisst, als: in Beziehung stehen. Und die Beziehungen, die für das Recht als objective Macht in Betracht kommen, sind nicht ständige, dauernde Beziehungen, sondern solche, die auftauchen und verschwinden, je nachdem die Menschen zu einander in Lebensbeziehungen treten. Wenn man von juristischer Person spricht, so hat man dabei sofort daran zu denken, dass man eine Fülle einzelner räumlich und zeitlich getrennter Beziehungen zwischen einzelnen Menschen auf Grund der Thatsache gedanklich zu einer einzigen Be-

ziehung zusammenfasst, dass alle diese Beziehungen ein Gesammtinteresse betreffen, d. h. Interessen vieler einzelner Menschen, die aber über die Einzelnen hinausreichen, indem sie durch das Zusammentreten der Interessenträger zu einem Verband eine Gestalt erlangen, die sie ohne Zusammentreten nicht hätten erlangen können. Unter dem Gesichtspunkte des einheitlichen Zweckes, den alle diejenigen Motivierungen verfolgen, die den jeweils Verpflichteten in Rechtsbeziehung zu den Trägern des Gesammtinteresses bringen, wird die einheitliche Beziehung construiert, die aber als solche nur theoretisch, nicht in der That, als Lebensbeziehung, besteht.

Der Verband als solcher kann, da nur einzelne Menschen wollen und handeln können, nicht wollen und nicht handeln. Es geht auch nicht an, wie man manchmal versucht hat, dem Verband die Willensfähigkeit zuzuerkennen, dagegen die Handlungsfähigkeit abzusprechen. Der Verband ist entweder willens- und handlungsfähig, oder er ist beides nicht. Wille und Handlung können nicht auseinandergerissen werden; der Wille steht zur Handlung nicht im Nexus von Ursache und Wirkung, und geht ihr nicht zeitlich voraus; sie sind vielmehr beide zusammen gegeben. Ein Wille, der nicht zur That führt, ist nicht vollendeter Willensact; eine Handlung, die nicht gewollt ist, ist nicht Handlung im Rechtssinne, sondern Ereignis. Wille und Handlung können logisch, nicht thatsächlich getrennt werden. Sobald aber diese logische Zerlegung erfolgt, tritt sie der Zerfällung des Verbandes in eine concrete Vielheit und in eine abstracte Einheit völlig analog zur Seite. Auf die Frage, ob die abstracte Einheit als solche willens- und handlungsfähig ist, ist zu antworten: Sie ist es nicht. Denn sie ist ja nur der synthetisch gewonnene Gemeinwille. Aber auch die concrete Vielheit als solche ist nicht willens- und handlungsfähig; denn das inhaltliche Moment des Willens ist aus ihr ausgeschieden. Sonach bedarf es, damit eine Rechtsgeltendmachung oder Pflichterfüllung des geschützten oder bekämpften Gemeinwillens zu stande komme, eines Surrogates: der Organe.

Da die Organe als solche nicht Theilträger des Gemeininteresses sind, bedarf es, damit sie für den Verband handeln, der Herbeilenkung ihres Interesses durch das Recht. Ihre Willensdisposition coincidiert mit dem Gemeinwillen erst dann, wenn ihr Privatinteresse durch rechtliches Motiv bekämpft, ihnen also ihr Handeln für den Verband zur Pflicht gemacht ist.

Eine juristische Person macht ein Recht geltend oder erfüllt eine Pflicht, heisst sonach: Die Organe erfüllen ihre Pflicht. Formell zerfällt also die Rechtssubjectivität sowohl, als die

Pflichtsubjectivität des Verbandes in eine Mehrheit von Pflichtsubjectivitäten. Alle die einzelnen Pflichterfüllungen der Organe ergeben in ihrem Effecte, dass, wenn die letzte der Pflichthandlungen vorgenommen wurde, der Verband als solcher sein Recht geltend gemacht, seine Pflicht erfüllt hat. Die Pflichthandlungen der Organe bilden zusammen, da sie inhaltlich demselben Zweck zustreben, nämlich dem Gesammtzwecke des Verbandes, eine teleologische Einheit: die Pflichterfüllung, bezw. Rechtshandlung des Verbandes. Die Auftheilung der Rechtspersönlichkeit des Verbandes in die Pflichtsubjectivitäten der Organe erfolgt daher nicht nach Art der mathematischen Division: sonst wäre es auch unerklärlich, wieso eine Rechtssubjectivität in mehrere Pflichtsubjectivitäten zerfallen könne.

Nachdem die Organe, wie dargelegt, nur die formelle Seite des Verbandes darstellen, ist es nicht ganz genau, zu sagen, dass in den Organen, wenn sie handeln, der Verband verschwindet, dass, wenn man sie hinwegdenkt, der Verband selbst hinweggedacht ist (Gierke, Genoss. 624, Jellinek, Staatslehre I, 512 f.). Würden z. B. sämmtliche Organe eines Staates hinweggedacht, so würde dennoch der Gemeinwille erhalten bleiben, der ja in seiner Existenz von den Organen unabhängig ist; es würde nur diejenige Form nicht mehr gegeben sein, in welcher sich der Gemeinwille bisher in allen Collisionsfällen bewährt hat. Der Staat und jeder Verband ist nicht identisch mit seiner Organisation. Die Organisation ist nur die Form des Staates (treffend Schlossmann, Jahrb. f. Dogm., II. Folge, Bd. VIII, S. 306; vgl. oben S. 195f).

Nur die rein formelle Betrachtung, die allerdings für die Beziehungsnatur des Rechtes allein maassgebend ist, kann zum Resultate gelangen, dass der Verband in den Organen verschwindet. Klar ausgedrückt heisst dies lediglich, dass die Rechtspersönlichkeit des Verbandes nicht neben den Pflichtsubjectivitäten der Organe gegeben ist, sondern eben in ihnen ihre Existenz hat; dass eben juristische Person nichts ist, als eine gedankliche Zusammenfassung einer Fülle von Pflichtsubjectivitäten im menschlichen Bewusstsein. Ausserhalb der Psyche des Denkenden ist eine juristische Person als Wesen, Organismus oder dgl. nicht gegeben. Es ist eine Objectivierung, die im Bewusstsein allein gegebenen Vorstellungen in die Aussenwelt zu projicieren und ihnen Willens- und Handlungsfähigkeit zuzuerkennen.

Jede Handlung der Organe hat einen doppelten rechtlichen Character. Für sich ist jede Handlung Pflichthandlung des Organes, für den Verband als Rechts- oder Pflichtsubject ist sie nur

ein Glied in der Kette der complicierten Rechts- oder Pflichthandlung des Verbandes. Die Beschaffenheit als Pflichthandlung des Organes ist nur für das Innenleben des Verbandes von Bedeutung; als Glieder in der Kette der Verbandshandlung weisen aber die Handlungen der Organe auf den ausserhalb des Verbandes stehenden Rechtspartner hin.

Es hat sich früher herausgestellt, dass die Organe mit dem Verband nicht schlechthin identisch sind, dass sie nur die formelle Seite des Verbandes verkörpern, während die Verbandsglieder als Träger des Gemeininteresses die inhaltliche Seite darstellen. Damit der Verband als solcher eine Willenshandlung vornimmt, bedürfte es im Grunde dann keiner Organe, wenn alle Verbandsglieder einstimmig wollen und den Entschluss ausführen. Nur weil die vielköpfige Gesammtheit höchstens periodisch, vielfach aber gar nie zur handlungsfähigen Einheit zusammentreten kann, überträgt sie die Handlungsfähigkeit auf einzelne Menschen, welche mit der Wirkung für den Verband handeln. Der Verband „bestimmt durch Auftrag den Inhalt" des Organwillens, „vermag ihn fortwährend zu beeinflussen und kann die ertheilte Vollmacht jederzeit widerrufen" (Gierke, Körperschaftsbegriff, S. 490). Sonach stellt sich, wenn über die formale Betrachtungsweise hinausgegangen wird, neben das Organverhältnis, das für die formale Construction zunächst allein in Betracht kommt, das Stellvertretungsverhältnis. Dieses ist im Momente des Handelns der Organe nicht mehr in Anschlag zu bringen. Denn im Momente der Action treten die Verbandsglieder als bloss inhaltlicher Theil des Verbandes gänzlich hinter den Organen zurück. Die Rechtspersönlichkeit des Verbandes besteht formell ausschliesslich aus den Pflichtssubjectivitäten der Organe. Aber diese Organe können nur auftreten, weil sie seinerzeit bestellt wurden. Es haben also zeitlich früher Actionen der Verbandsglieder stattgefunden, die Rechtsbeziehungen zwischen Verband und Organen schufen. In diesen Rechtsbeziehungen wurzelt ja der Pflichtcharacter der Organschaft, und sie sind nothwendig mitgedacht, wenn man von juristischen Personen spricht. (Damit ist sowohl Gierke's werthvoller Unterscheidung zwischen Organschaft und Stellvertretung, als auch dem Verlangen nach Reduction des Begriffes Rechnung getragen; vergl. Genoss. S. 620.)

Da aber im Moment der Organhandlung die Verbandsglieder hinter den Organen ganz zurücktreten, so stehen sie auch in diesem Momente dem aussenstehenden Rechtspartner des Verbandes gegenüber nicht in Rechtsbeziehung. Da sie aber Träger des geschützten, bezw. bekämpften Gemeininteresses sind, so sind sie insoferne noch in

Anschlag zu bringen, als diese ihre Stellung Beziehungen im Gefolge hat, die dem Zeitpunkt, in dem die Organhandlungen gesetzt werden, vorangehen oder nachfolgen. Damit die Organe, wenn der Verband Pflichtsubject ist, ihre Pflichten erfüllen, also dasjenige für den Verband leisten können, was sie dem dem Verbande gegenüber Berechtigten leisten müssen, ist erforderlich — der Einfachheit halber sollen vermögensrechtliche Beziehungen betrachtet werden —, dass den Organen von den Verbandsgliedern die hiezu nothwendigen Mittel zur Verfügung gestellt werden, d. h. die Verbandsglieder haben entweder vor der Organhandlung die Mittel zur Verfügung gestellt, oder sie sind verpflichtet, nachträglich den Organen die Aufwendung zu ersetzen. Umgekehrt ist der Verband den Organen gegenüber berechtigt zu fordern, was der aussenstehende Verpflichtete den Organen für den Verband geleistet hat. Es entspringen sonach auch aus der Thätigkeit der Organe Rechtsverhältnisse zwischen Verband und Organen, welche Verhältnisse ihrerseits wieder zu zergliedern wären.

Endlich aber stehen auch die Organe untereinander gemäss der Organisation in Rechtsbeziehungen. Denn die Organe treten thatsächlich nicht dem Verbande gegenüber, sondern dieser wird ihnen gegenüber jeweils durch das höhere Organ vertreten, welchem eventuell wieder ein höheres Organ, bezw. die verfassungsmässige Versammlung des Verbandes, die, wenn sie aus bestellten Mitgliedern besteht, gleichfalls Organ ist, gegenübertritt. Zuletzt allerdings devolviert alle Rechtsmacht an die einzelnen Verbandsglieder, da die Mitglieder der Versammlung den einzelnen Verbandsgliedern verantwortlich sind, ob sie nun dem Eintreten specifisch-rechtlicher oder rein thatsächlicher Delictsfolgen entgegensehen, wenn sie ihre Pflichten nicht erfüllen (siehe oben § 13).

Somit löst sich die eine — nur theoretische — Beziehung zwischen dem Verband und dem aussenstehenden Rechtspartner in 4 Gruppen von Lebensbeziehungen auf, die zeitlich und räumlich von einander getrennt sind:

1. In Beziehungen zwischen den Organen und dem Aussenstehenden. Diese kommen für die formale Betrachtung allein in Anschlag, sobald die juristische Person in Beziehung zu einem Aussenstehenden steht. Die Rechtshandlung, bezw. Pflichterfüllung des Verbandes ist demgemäss eine teleologische Einheit, zusammengefasst aus den Pflichthandlungen der Organe unter dem Gesichtspunkte des Zweckes der Handelnden, als des Gesammtzweckes.

2. Die 3 weiteren Arten von Beziehungen sind nur für das Innenleben des Verbandes von Bedeutung. Sie sind a) Beziehungen

zwischen Verbandsgliedern und Organen (Organschaft und Vertretung); b) Beziehungen zwischen Verbandsgliedern und Organen (Thätigkeit der Organe); c) Beziehungen zwischen den Organen untereinander.

Da für die formale Construction lediglich diejenigen Relationen Rechtsbeziehungen im stricten Sinne sind, in denen ein Berechtigter und ein Verpflichteter einander gegenüberstehen, so ist Rechtsbeziehung strenge genommen bloss die gedachte, theoretische Beziehung zwischen dem bekämpften oder geschützten Gemeininteresse und dem dem Verband gegenüberstehenden Berechtigten oder Verpflichteten. Da sie aber eben nur eine gedachte, keine Lebensbeziehung ist, war sie in der gegebenen Weise aufzulösen. Die der Analyse folgende Synthese hat sie wieder hergestellt. Nunmehr ist auch offensichtlich, dass es unrichtig und unnöthig ist, zu irgend einer Fiction die Zuflucht zu nehmen. Und nunmehr hat sich auch der Widerspruch gelöst, der scheinbar darin besteht, dass das Recht in Lebensbeziehungen einzelner Menschen besteht, und dass man doch ein Rechtssubject anerkennt, das nicht ein einzelner Mensch ist.

Alle die anderen Arten von Beziehungen (sub 2 a—c) sind nicht Rechtsbeziehungen im stricten Sinne; sie sind untergeordnete Beziehungen, die der synthetischen Beziehung nicht gleichgestellt werden können. Sie resultieren nur daraus, dass hier eben ein compliciertes Rechtssubject vorliegt, das zerlegt werden musste. Sie lassen das Innenleben des Substrates der Rechtssubjectivität rechtlich erfassen, das beim einzelmenschlichen Rechtssubject juristisch nicht in Betracht kommt: Gierkes „Socialrecht."

Als eine Wissenschaft vom practischen Leben, die die Menschen nicht als Objecte naturwissenschaftlicher Forschung, sondern als zweckstrebende Wesen betrachtet, kann und muss die Rechtslehre mit der unter dem Zweckgedanken geschaffenen Beziehung operieren.

ad. II. Wesentlich anders gestaltet sich die Fülle und Eigenschaft der Lebensbeziehungen und demgemäss die Zerlegung, wenn ein Verbandsglied dem Verband als berechtigtes oder verpflichtetes Subject gegenübertritt.

Diese Rechtsbeziehung, die gleichfalls zunächst als Beziehung zwischen einem Menschen und einer Abstraction erscheint, ist zuerst unter dem psychologisch-logischen Gesichtspunkt, dann unter dem juristischen Gesichtspunkte näher zu prädicieren.

Das Verbandsglied ist als solches selbst Theilträger des Gemeininteresses. Wird es dem Verbande schlechthin gegenübergestellt, so wird damit die inhaltliche Seite des Verbandes zerrissen. Denn der Verband ist inhaltlich, als abstracte Einheit gedacht, der

Gemeinwille. Wird der Verband mithin zu einem seiner Verbandsglieder in Rechtsbeziehung gesetzt, so kann damit nur gemeint sein: er repräsentiert bloss die formelle Seite der Rechtspersönlichkeit, d. h. er ist genau genommen nicht in der Weise Rechts- oder Pflichtsubject, wie wenn er zu einem Aussenstehenden in Rechtsbeziehung steht. Dass er nur die formelle Seite der Rechtssubjectivität darstellt, heisst, dass er nur diejenige Seite der Rechtssubjectivität darstellt, die in der Beziehungsnatur des Rechtes liegt. Nunmehr ergibt sich die Aufgabe, die Natur dieser Relation zwischen Verband und Verbandsglied als solchem aufzuweisen. Vor allem ist die gedachte Beziehung, die zwischen dem einzelnen Menschen und der Abstraction Verband besteht und als gleichsam real bestehend gesetzt wird, in Beziehungen zwischen Menschen aufzulösen. Weiters hat sich zu erweisen, wieso es überhaupt zulässig ist, eine derartige Zerreissung der inhaltlichen Seite vorzunehmen, dass man das dem Verbande im Momente der Beziehung angehörige Verbandsglied aus dem Verband heraussetzt und ihm, indem man hypostasiert, den ganzen Verband gegenüberstellt, dessen wesentlicher Theil es als Verbandsglied in diesem Moment doch ist.

Damit die logische Zerfällung erfolgen könne, ist es erforderlich, daran festzuhalten, dass der Gemeinwille nicht ausserhalb der Verbandsglieder, sondern in diesen selbst liegt. Der Gesammtzweck ist der durch das Zusammentreten Aller in seiner specifischen Gestalt und Intensität gegebene, immer aber doch nur in den Einzelnen gegebene Zweck.

1. Ist der Verband dem Verbandsgliede verpflichtet, das Verbandsglied also berechtigt, so besteht die Pflichtsubjectivität des Verbandes, die vorläufig als der gewöhnlichen Ptlichtsubjectivität, wie sie in der Beziehung zu einem aussenstehenden Berechtigten erscheint, völlig gleich betrachtet wird, darin, dass das Gemeininteresse bekämpft ist. Bei der gedanklichen Auftheilung des bekämpften Gemeininteresses unter die einzelnen Verbandsglieder ist natürlich auch das in Beziehung stehende Verbandsglied zu berücksichtigen. Erscheinen alle Verbandsglieder demnach als Träger des bekämpften Gemeininteresses als Theilverpflichtete — Verpflichtung lediglich im Sinne der inhaltlichen, nicht der formellen Pflichtsubjectivität genommen, da die Verbandsglieder nur die inhaltliehe Seite des Verbandes darstellen —, so auch das in concreto in Beziehung stehende, zunächst als berechtigt gesetzte Verbandsglied. Es läuft also neben dem subjectiven Rechte des Verbandsgliedes noch eine Theilpflicht einher. Und diese Theilpflicht fehlt bei jedem

sonstigen Rechtsverhältnis zwischen zwei einander selbständig gegenübertretenden Subjecten.

Zur Verdeutlichung möge ein einfaches Beispiel dienen, welches als solches, obwohl die aufgeführten Begriffe in der That im Leben niemals ganz rein zum Ausdruck kommen, dennoch völlig genügt, weil ja wissenschaftliche Betrachtung immer mit Idealbegriffen operiert.

Wird etwa gesagt, der Staat habe die Pflicht, einem Beamten sein Gehalt auszuzahlen, so wird damit gesagt: ein staatliches Organ (die formelle Seite) hat die Pflicht, dem Beamten das Gehalt auszuzahlen: als Vertreter aller Verbandsglieder (inhaltliche Seite) zahlt es das Gehalt nicht aus Eigenem, sondern alle Verbandsglieder, einschliesslich des berechtigten Beamten selbst, zahlen die Summe. Der Percipient erhält also das Gehalt nicht von allen anderen Staatsbürgern, sondern er selbst hat seinerzeit eine Leistung an den Staat, d. h. in der That an das für diesen handelnde Organ gemacht, etwa eine Leistung an Steuer, die — eine gleichmässige Besteuerung Aller vorausgesetzt — genau so gross ist, wie die von den anderen Staatsbürgern geleisteten Bruchtheile der der Grösse des Gehaltes entsprechenden Steuersumme. Und diese Thatsache würde ausser Acht gelassen, wenn man die Beziehung des Verbandsgliedes als solchen zum Verbande der privatrechtlichen Beziehung schlechthin gleichsetzte. — Ist umgekehrt das Verbandsglied dem Verbande verpflichtet, so ist es als Theilhaber am rechtlich geschützten Gemeininteresse selbst Träger eines Theilrechtes. Es läuft also neben seiner Pflicht ein Theilrecht einher. Neben die Pflicht des Einzelnen, Steuer zu zahlen, tritt das Theilrecht auf die Steuerleistung. Wird gesagt, der Rechtsunterworfene ist verpflichtet, dem Staate Steuer zu leisten, so liegt darin die Anerkennung, dass der Verpflichtete den Steuerbetrag nicht allen neben ihm lebenden Bürgern zuwendet, sondern dass ihm selbst ein entsprechender Theil davon zukomme.

Es ergibt sich also, dass das zum Verbande in Beziehung gesetzte Verbandsglied a) zu allen anderen Verbandsgliedern und b) zu sich selbst in Beziehung gesetzt wird. Seiner Theilpflicht gegen sich selbst entspricht sein eigenes Theilrecht, seinem Theilrecht gegen sich selbst seine eigene Theilpflicht.

Insoferne aber der Einzelne zu sich selbst in eine Rechtsbeziehung gesetzt wird, verschwindet bezüglich seines Theilrechtes, bezw. seiner Theilpflicht die Relationsnatur des Rechtes, das ja immer in Beziehungen zwischen mindestens zwei Menschen besteht.

Bringt man also das Theilrecht, resp. die Theilpflicht in Anschlag, so kommt man mit der Relationsnatur des Rechtes in Conflict. Bringt man aber Theilrecht und Theilpflicht nicht in Anschlag, so begeht man eine Ungenauigkeit. Dieses schwierige Dilemma kann nur dadurch gelöst werden, dass man — eben der Ungenauigkeit ausweichend — die „Beziehung zu sich selbst", die vorerst eine juristische Unmöglichkeit darstellt, aufklärt.

Wenn etwa A in einem Staate von 1000 Bürgern 1000 Mk. Steuer zahlen soll, so ist er — gemäss der provisorischen logischen Zerfällung — jedem Bürger und auch sich selbst 1 zu zahlen verpflichtet. Dass er selbst ein Recht darauf hat, dass er sich 1 zahle, kommt eben schon darin zum Ausdruck, dass man nicht sagt, er müsse den Anderen 999 zahlen, sondern: er muss dem Staate 1000 zahlen. Damit ist aber sein Recht auf Zahlung von 1, das eine Beziehung zu sich selbst involviert, aus ihm herausgesetzt, und zwar insoferne ganz zutreffend herausgesetzt, als damit erstens: implicite anerkannt ist, dass man als idem zu sich nicht in Beziehung stehen kann, und zweitens: als formell, im Momente der Leistung, der Betreffende thatsächlich verpflichtet ist, die 1000, und nicht etwa nur 999 zu leisten, und als er die 1000 dem Staate zu Handen eines Organes zahlt. Die Pflicht, an sich selbst durch das Organ 1 zu zahlen, ist aber auch nur formale Pflichtsubjectivität; inhaltlich kommt dem Steuerträger das 1, das er gleichsam sich selbst zahlt, dadurch zu Gute, dass bei einer Verwendung der 1000 zu Gunsten der Staatsbürger er selbst sein Theil, eben 1, bezw. ein Aequivalent hiefür erhält. Er erhält es nur nicht sofort. Erst seinerzeit taucht eine Beziehung zu einem, und zwar zu einem voraussichtlich ganz anderen Organ auf, in der er als Berechtigter hinsichtlich seines Bruchantheiles steht.

Desgleichen stand der Beamte, der sein Gehalt ausgezahlt erhält, seinerzeit zum Staate durch das Medium eines Organes in einer Beziehung als Verpflichteter.

Somit hat sich die sogenannte eine Beziehung, in der die juristische Person steht, in eine Mehrzahl von räumlich und zeitlich auseinander liegenden unterwertigen Beziehungen zwischen einzelnen Menschen aufgelöst.

Nur die gedankliche Zusammenfassung aller dieser Beziehungen, die im Leben eine verwirrende Fülle des Ineinander bilden, schafft unter dem Gesichtspunkte des Zweckes synthetisch die bloss gedachte Beziehung zwischen dem Verbandsgliede und dem Abstractum Verband. Was hier als zusammengehörig erkannt wurde, das konnte als solches nur erkannt werden durch die für begriffliches Erfassen unumgängliche Isolierung und Ausserachtlassung der thatsächlichen

Unterschiede. Im Leben lassen sich die einzelnen Beziehungen zwischen den vielen einzelnen Verbandsgliedern und Organen wegen der ungeheuren Fülle und des Ineinandergreifens nicht in Zusammenhang bringen. Es lässt sich höchstens behaupten, dass etwa das Gehalt, das der Staatsbeamte bezieht, einen ideellen Theil seiner Steuerleistung enthält, und dass Jedem von dem Steuerbetrage, den er entrichtet, ein ideeller Theil zu Gute kommt.

Es kann natürlich nicht verwehrt sein, die vielfältigen Lebensbeziehungen unter den einzelnen im Staate lebenden Menschen, wenn die Rechte und Pflichten gerade im Schutze, bezw. in der Bekämpfung des Gemeininteresses bestehen, gedanklich als eine einzige Relation zu setzen. Nur darf man nie vergessen, dass eine derartige Rechtsbeziehung zwischen Verband und Verbandsglied nicht eine Rechtsbeziehung in ebensolchem Sinne ist, wie eine Rechtsbeziehung zwischen zwei einander gleichstehenden Subjecten.

Und nunmehr hat sich ergeben, dass die juristische Person, mag sie Beziehungspunkt in einem Rechtsverhältnisse zwischen gleichstehenden Subjecten oder zwischen Verband und Verbandglied als solchem sein, stets Subject einer bloss gedanklichen Beziehung ist. Die juristische Person ist also ihrem Substrate und ihrer Rechtssubjectivität nach stets teleologische Einheit. Die Zusammenfassung der Beziehungen erfolgt stets unter dem Gesichtspunkte des Zweckes, der eben in ihrem Bereiche immer Gesammtzweck ist. Und weil sie, wie das dingliche Recht, teleologische Einheit ist, so kann aus ihr, wie aus diesem, schlechterdings nichts deduciert werden. Denn kein einziges Merkmal kann aus dem Begriffe herausgenommen werden, das nicht vorerst in ihn hineingelegt wurde. Der Begriff der juristischen Person ist ebensowenig falsch und ebensowenig wissenschaftlich unbrauchbar, als der des dinglichen Rechts. Es kommt ihm nur, wie dem des dinglichen Rechtes, für die rein formale Construction ein heuristischer Wert nicht zu.

Es ist eine Selbsttäuschung, wenn Jellinek vermeint, die rechtliche Einheit des Staates damit zu erweisen, dass der Staat ein Rechtssubject ist. Nur deshalb kann der Staat als ein Rechtssubject in Betracht kommen, weil man vorher erkannt hat, dass in der Vielheit der Erscheinungen gewisse einheitliche Momente gegeben sind, die eine Zusammenfassung im Bewusstsein möglich machen. Den Staat schlechthin als Rechtssubject zu bezeichnen, ohne den wesentlichen Unterschied zu beachten, den die Analyse ergeben hat, je nachdem es sich um Beziehungen zwischen getrennten Subjecten oder um solche zwischen Verband und Verbands-

glied handelt, geht nicht an. Daher erfüllt auch die Lehre, die Jellinek aufstellt, nicht den von ihm verfolgten Zweck, den Staat „juristisch denkbar zu machen, d. h. einen Begriff aufzufinden, in dem alle rechtlichen Eigenschaften des Staates widerspruchslos zu denken sind". Denn in der That gelangt man, wenn man den Staat — im Verhältnis zu seinen Gliedern — als Rechtssubject schlechthin bezeichnet, wie darzulegen versucht wurde, zu Widersprüchen. Es ist aber noch aus einem zweiten Grunde ungenau, den Staat schlechtweg als Rechtssubject zu bezeichnen; solche Prädicierung übersieht nämlich nicht nur, dass der Verband, wenn er zu einem Verbandsglied in Rechtsbeziehung gesetzt wird, nur die formelle Seite der Rechtssubjectivität darstellt — da ja die Gegenüberstellung eine Zerreissung der inhaltlichen Seite, des Gemeinwillens, involviert —, sie lässt auch eine wichtige Unterscheidung ausser Betracht.

Diese Unterscheidung steht im engsten Zusammenhang mit der Erkenntnis, dass der Verband im Verhältnis zu seinen Gliedern nur Rechtspersönlichkeit in formellem Sinne ist.

Die Antithese Inhalt — Form liegt nämlich auch der logischen Zerfällung des Staates und jedes autonomen Verbandes als solchen in gesetzgebenden und gesetzesanwendenden Verband zu Grunde. Characterisiert man den Verband als eine collective Einheit in dem bezeichneten Sinne, so hat man damit bereits ausgesprochen, dass die Gesetze den Gemeinwillen zum Inhalt haben, dem Gesammtinteresse dienen. Der Gesetzgeber schafft Recht im stricten Sinne nur dann, wenn er den Gesetzen diesen bestimmten Inhalt giebt. Nur der Gesetzgeber ist mit diesem Inhalte befasst. Sind die Gesetze formell richtig erlassen, so gelten sie schlechthin. Der Richter hat — wenigstens in den meisten Rechtsstaaten — nicht die Befugnis, das Gesetz auf seinen Inhalt zu prüfen. Und selbst wenn und insoferne ihm solche Ingerenz zusteht, verbinden doch die Gesetze die Rechtsunterworfenen, ohne dass es diesen möglich wäre, sich darauf zu berufen, dass das Gesetz ihrer Ansicht nach inhaltlich fehlerhaft sei. Würde de lege lata der Gesetzesinhalt in Betracht kommen, so wäre es unerklärlich, dass einzelne Fehlgesetze rechtliche Geltung beanspruchen können. Soferne solche allgemein als unrichtig und unvernünftig anerkannte Gesetze — man denke besonders an veraltete Vorschriften — thatsächlich gelten, sind sie — formell genommen — Recht.

Als Gesetzgeber kann der Staat — von ihm soll der Einfachheit halber allein gesprochen werden — zu seinen Mitgliedern in Rechtsbeziehungen überhaupt nicht stehen. Denn Rechte und Pflichten

gibt es nur de lege lata. De lege lata jedoch ist wieder der Gemeinwille, das inhaltliche Moment des Verbandes, verschwunden, und es verbleibt lediglich die formelle Seite, die durch die Organe dargestellt wird. Nur in dieser Hinsicht ist es gerechtfertigt zu sagen, dass der Staat mit den Organen identisch ist, also bloss: de lege lata. Wird der Staat de lege lata als Rechts- oder Pflichtsubject bezeichnet, so wird damit kurz zum Ausdruck gebracht, dass einzelne Menschen in Rechtsbeziehungen stehen. Diese Beziehungen unterscheiden sich von den gewöhnlichen Beziehungen, die zwischen coordinierten Rechtssubjecten gegeben sind, dadurch, dass in ihnen eben nicht die Privatinteressen beider Rechtspartner geschützt oder bekämpft sind, sondern das Gemeininteresse geschützt oder bekämpft ist, und dass derjenige Einzelne, der das Gemeininteresse repräsentiert, eben als Repräsentant Organ ist. Das Besondere, das die Beziehung zwischen einem Menschen und dem Verbande, dem er als Mitglied angehört, characterisiert, ist, wie dargelegt, dass sie sich als gedankliche Zusammenfassung zeitlich auseinanderliegender Beziehungen dieses Menschen zu Verbandsorganen darstellt.

Erst die gedankliche Zerfällung gestattet, den Widerspruch, den solche Beziehung eines Menschen zu einem ihm übergeordneten Verbande zu enthalten scheint, als einen bloss scheinbaren zu bezeichnen. Demgemäss kann also auch der souveräne Staat selbst als Träger eines subjectiven Rechtes oder einer Pflicht angesehen, und dennoch an dem Satze festgehalten werden: „Recht im subjectiven Sinne heisse ich ein Gewaltverhältnis, das nicht beruht auf der eigenen Kraft des Gewalthabers, sondern der eines Dritten, der in gleicher Weise steht über dem Gewalthaber und dem in der Gewalt Befindlichen“ (Bekker, Jahrb. f. Dogm., Bd. XII, S. 5), ohne dass man den fatalen Ausweg einschlägt, den Staat an sich selbst Befehle richten zu lassen. Die Reductionsmethode lässt sohin die Selbstbindungstheorie als überflüssig erscheinen.

Die Besonderheit im Rechtsstaate (vgl. unten S. 275) besteht darin, dass auch die Gesetzgebung aus Organen besteht, die insoferne Pflichtsubjecte sind. Daher ist jeder Act der gesetzgebenden Organe zugleich de lege ferenda und de lege lata. „Recht“, der Complex von Normen, der in den Gesetzen verkörpert ist und sich verwirklicht, entsteht — wenigstens dem weit überwiegenden Theile nach — durch pflichtmässiges Handeln der gesetzgebenden Organe. Die Pflicht der Organe, als de lege lata, weist immer auf ein früheres Gesetz, dagegen weist die Stellung de lege ferenda in die Richtung auf das zu erlassende Gesetz hin.

Wie löst sich nun der scheinbare Widerspruch, dass der Staat de lege ferenda zugleich auch de lege lata ist?

Der Gegensatz zwischen lex ferenda und lex lata baut sich, wie dargethan, auf der Antithese Inhalt-Form auf, eine Antithese, die, wie betont (oben S. 258), auch der Unterscheidung von gedachter Einheit und concreter Vielheit zu Grunde liegt. Der Vielheit entspricht die Form, der Einheit der Inhalt. Der Gesetzgeber, als Einheit gedacht, ist daher der lex ferenda, als Vielheit dagegen (was die vielen einzelnen Organe, bezw. Organtheile betrifft) ist er der lex lata zugewendet.

Der Gesetzgeber, als Einheit gedacht, hat daher keinerlei Recht und Pflicht, denn er ist de lege ferenda. Er ist daher, als Einheit gedacht, auch nicht verpflichtet, dem Gesetze einen bestimmten Inhalt zu geben. Treffend sagt Jellinek: „Dass Individualansprüche an die Gesetzgebung unmöglich sind, kann als communis opinio gelten" (System, S. 75, Note 1). Die einzelnen Organe, bezw. Organtheile dagegen sind als solche de lege lata und verpflichtet. Sie sind aber nicht verpflichtet in Bezug auf den Inhalt des zu erlassenden Gesetzes, denn diesem ist nur der als Einheit gedachte Gesetzgeber zugewendet. Sie sind vielmehr, da sie als Organe nur die formelle Seite des Verbandes darstellen, nur formell verpflichtet, und zwar insoferne, als sie ihr Amt nach bestem Wissen und Gewissen zu verwalten, also dem Gesetze denjenigen Inhalt zu geben haben, der nach ihrer in Würdigung aller Umstände gewonnenen Ueberzeugung das Gemeinwohl am meisten fördert, und als sie de lege lata, im Hinblick auf ein früheres Gesetz, verpflichtet sind, diejenige Form einzuhalten, die das geltende Gesetz für die Bildung des neuen Gesetzes vorschreibt. Dagegen ist wieder der Gesetzgeber, als Einheit gedacht, an diese Formvorschrift nicht gebunden. Denn er ist nur dem neu zu erlassenden Gesetze zugewendet und kann ja die Formvorschrift jederzeit abändern.

Es ist nicht nur unnöthig, sondern auch unrichtig, den Staat als Gesetzgeber als berechtigt und verpflichtet hinzustellen, indem man, den fundamentalen Satz, dass Recht nur geltendes, wirkendes Recht, nur de lege lata ist, durchbrechend, den als Einheit gedachten Gesetzgeber durch Selbstbindung sich verpflichten lässt. Gerade aber, weil er in sehr zutreffender Weise de lege ferenda von Rechten und Pflichten nicht spricht, geräth Jellinek in den schwersten Conflict mit seiner Theorie. Denn gewiss würde Jellinek selbst zugeben: Ein Gesetzgeber, der solange verpflichtet wäre, das Gesetz, das er gegeben hat, als bindend anzuerkennen, bis es ihm beliebt, es wieder aufzuheben, gliche einem Reiter, der solange verpflichtet

ist, auf seinem Rosse sitzen zu bleiben, bis es ihm beliebt, wieder abzusteigen. Nicht der als Einheit gedachte Gesetzgeber ist rechtlich verpflichtet, die Form einzuhalten, die er jederzeit aufheben kann, sondern die einzelnen Organe, bezw. Organtheile sind zur Einhaltung der Form verpflichtet. Das Parlament etwa, das sich seine Geschäftsordnung selbst gibt, ist an sie nicht gebunden. Denn es kann sie, wenn es will, jederzeit ändern. Nur die einzelnen Mitglieder des Parlamentes sind an die Formvorschrift gebunden, solange die Geschäftsordnung besteht.

Das Räsonnement, das den Staat als Gesetzgeber verpflichtet sein lässt, verwechselt, wie betont, die Begriffe Recht und Pflicht mit denen der Freiheit und der Nothwendigkeit.

Der Gesetzgeber, als Einheit gedacht, muss nothwendig dem Gesetze den Gemeinwillen zum Inhalt geben, und er muss bei Erlassung des neuen Gesetzes nothwendig die Form einhalten, die vorgezeichnet ist, damit „Recht" entstehe. Verpflichtet sind jedoch, u. zw. lediglich formell, die einzelnen Organe, bezw. Organtheile. Der Staat als Gesetzgeber hat nicht die subjective „Strafpflicht" — besser hiesse es: Strafdrohungspflicht —, sondern er muss nothwendig Strafen androhen, soll das Gemeininteresse geschützt werden.

Desgleichen hat der Staat als Gesetzgeber nicht das „ius puniendi", das „subjective Strafrecht" — besser: Strafdrohungsrecht —, sondern er hat die Freiheit, er darf Strafen androhen.

Die beiden Einwendungen, die sich mithin dagegen erheben, dass man den Staat schlechthin, ohne irgend eine Unterscheidung zu treffen, als Rechtssubject bezeichnet, sind:

1. Es wird damit zwischen dem Staate de lege ferenda und de lege lata nicht unterschieden;

2. Der Staat ist im Verhältnis zu seinen Rechtsunterworfenen als Verbandsgliedern nie Rechtssubject in dem Sinne, wie man von Rechtssubjectivität in Rechtsbeziehungen zwischen Verbandsgliedern spricht. Solches Rechtsverhältnis ist von gewöhnlichen Rechtsverhältnissen formell verschieden, da in concreto ein Organ in Beziehung steht, inhaltlich dadurch, dass das Gemeininteresse geschützt oder bekämpft ist. Wird der Staat statt des Organs als Rechts- oder Pflichtsubject bezeichnet, so liegt entweder lediglich eine — u. zw. ungenaue — Substituierung der Bezeichnung Organ durch das Wort „Staat" vor, indem man den Repräsentierten statt des Repräsentanten nennt; dann ist aber eben eine unterwertige Beziehung zwischen einzelnen Menschen gemeint. Oder aber, man lässt den Staat, unbekümmert um das Organ, Rechtspersönlichkeit sein: dann liegt eine gedankliche Zusammenfassung einer Vielzahl

von räumlich und zeitlich getrennten, rechtlich erst zu prädicierenden Lebensbeziehungen von einzelnen Menschen vor. Schlechterdings unrichtig ist, Staat und Organ nebeneinander als Rechtssubjecte gelten zu lassen; weil die Rechtspersönlichkeit des Staates nicht etwas neben den Rechtsbeziehungen der einzelnen Menschen Gegebenes ist, sondern selbst nur in einer Vielzahl von gedanklich, unter dem Gesichtspunkte des Zweckes zusammengefassten Beziehungen einzelner Menschen besteht. Nennt man also den Staat Rechtssubject, so ist solche Bezeichnung entweder schlechthin unrichtig — u. zw. dann, wenn man darunter den Staat als Gesetzgeber versteht; oder sie ist nicht genau — u. zw. dann, wenn man den Staat als Gesetzesanwender meint; denn in diesem Falle besteht factisch nur eine Beziehung zu einem Organ.

Es ist aber dessungeachtet zutreffend, den Staat in seiner Eigenschaft als Gesetzesanwender als Rechtssubject zu bezeichnen, wenn man dabei daran denkt, dass die thatsächlich gegebene Rechtsbeziehung eben eine solche zu einem Organ ist, und wenn dabei an eine Fülle von verschiedenen Lebensbeziehungen gedacht wird, in denen eben ein Gemeininteresse im Spiel ist. Die Bezeichnung ist ferner systematisch nothwendig. Denn nur die Zusammenfassung aller der unterwertigen Beziehungen gestattet, auch die juristischen Personen als Rechtssubjecte gleich den einzelmenschlichen Rechtssubjecten aufzufassen. Die Bezeichnung ist endlich erforderlich, da das Recht begrifflich — für die formale Construction — als Zweckinstitution zu betrachten ist, und da man eben ohne Zusammenfassung unter dem Gesichtspunkte des Zweckes der Thatsache, dass Gemeininteressen als einheitliche Complexe geschützt, bezw. bekämpft werden, nicht gerecht würde. Der Zweck der Zerlegung ist mithin lediglich, die Relationsnatur des Rechtes zu bewähren und der Auffassung zu begegnen, als sei die juristische Person eine Fiction. Sie bewahrt ferner davor, die beiden Seiten des Staates als Gesetzgebers und Gesetzesanwenders zu vermengen, und gestattet, den Unterschied der verschiedenen Rechtssubjectivitäten auseinanderzuhalten. Endlich bewahrt sie davor, aus der Rechtssubjectivität des Staates etwas ableiten zu wollen.

Da, wie dargelegt, aus dem Satze: „der Staat ist Rechtssubject", nichts deduciert werden kann, ist es auch eine Selbsttäuschung, wenn Jellinek (Staatslehre I, 151) den Satz aufstellt, dass nur von der Lehre aus, dass der Staat Rechtssubject sei, „die Einheit des Staates, die Einheitlichkeit seiner Organisation und des durch sie erzeugten Willens dem juristischen Verständnis entgegengeführt werden kann". Nachdem Rechtssubject sein in letzter Linie heisst: Gruppenange-

höriger, d. h. Träger eines Durchschnittsinteresses sein und zu einem einzelnen Menschen in Beziehung stehen, kann der Staat juristisch überhaupt nicht eine Einheit im Sinne der letzten rechtlichen Einheit sein: er ist ja auch ein überaus compliciertes Gebilde, das nur durch eingehende Analyse und darauf folgende Synthese als juristische Einheit verstanden werden kann. Der Satz: „der Staat ist Rechtssubject" könnte nie am Anfange, sondern nur am Ende eines Systems der subjectiven öffentlichen Rechte stehen.

Die Einheit des Staates liegt darin, dass alle Gesetze einen einheitlichen Willen, den Gemeinwillen, verkörpern, und dass alle auftauchenden Interessenconflicte in einem einheitlichen Sinne geschlichtet werden. Aus der Rechtspersönlichkeit des Staates kann insbesondere nicht deduciert werden, wieso der Staat bei allem Wechsel der Individuen derselbe bleiben kann. Die Identität des Staates trotz dem Wechsel der einzelnen Menschen liegt vielmehr darin begründet, dass für das Recht die Individuen nicht in Betracht kommen. Wir sprechen dann von einem Rechtsstaate, wenn auf einem Gebiet der Erdoberfläche Menschen in einer derartigen Ordnung leben, dass ihre Durchschnittsinteressen durch die Herrschaft des Gemeinwillens geschützt werden. Und weil die Rechtspersönlichkeit des Staates und überhaupt der Begriff der juristischen Person nur verstanden werden kann, wenn man den Begriff analysiert, um den Denkprocess klarzulegen, der zu ihm hinleitet, darf man weder eine Methode einschlagen, die mit bedenklichen Analogien operiert, bezw. sich von dem realen Boden entfernt, auf dem die Menschen leben, in denen allein das Recht als geistige Function gegeben ist, noch auch eine Methode, die das Complicierte aus sich heraus erklären will, sondern nur eine Methode, die das Abstracte aus seiner Höhe herunterholt.

Gerade den wichtigsten Theil dieser Arbeit hat Gierke in seinen grossartigen Werken geleistet, indem er die unheilvolle Lehre von der Fictionsnatur der juristischen Person widerlegt und ihr Substrat als einen Verband einzelner Menschen aufgewiesen hat. Der wichtige Fortschritt, den Jellinek's Forschungen bedeuten, liegt darin, dass sie die Gierke'schen Darlegungen von der ihnen anhaftenden organologischen Auffassung befreiten. Dass es allerdings auch Jellinek nicht gelungen ist, die Vertreter der organologischen Anschauung zu überzeugen, mag in der Aufstellung der Selbstbindungstheorie und in seiner nicht zutreffenden Darlegung des Begriffes der juristischen Person, zum Theile wohl auch in der eigenartigen Denkweise der Gegner seinen Grund haben. —

## § 21. Der Begriff der Rechtswidrigkeit.

§ 21. Der Begriff der Rechtswidrigkeit

1. Besteht das Recht als objective Macht — und in dieser Bedeutung allein kommt es hier in Betracht — ausschliesslich in Beziehungen zwischen Menschen, und besteht jede Rechtsbeziehung begrifflich in einem Gegenüberstehen von Recht und Pflicht, so ist es unmöglich, dass ein Recht besteht, dem nicht eine Pflicht, und dass eine Pflicht besteht, der nicht ein Recht gegenüberstände.

Der Ausdruck „rechtswidrig" bedeutet: wider das Recht, und zwar entweder wider das objective oder wider das subjective Recht. Es empfiehlt sich, wie bereits betont — oben S. 149 —, den Ausdruck „rechtswidrig" nur eindeutig zu verwenden, also entweder im Sinne: wider das subjective Recht, oder in dem Sinne: wider das objective Recht. Nachdem das objective Recht ein Complex von Normen ist, steht zur Bezeichnung der Richtung: wider das objective Recht der Ausdruck Normwidrigkeit zur Verfügung, ein Ausdruck, der in der Wissenschaft bereits eingebürgert, und gegen den nichts einzuwenden ist, wenn man ihn nur nicht im Sinne der Binding'schen Normentheorie, d. h. als einer sanctionslosen Norm widerstreitend oder als Verletzung des „Rechtes auf Botmässigkeit" versteht.

Demnach ist unter „rechtswidrig" nur zu verstehen: wider das subjective Recht. (Es sei daran erinnert, dass gerade um dieser Bedeutung des Wortes „rechtswidrig" willen das Verbrechen hier nicht als „rechtswidrige Handlung" bezeichnet wurde, da eben nicht jedes Verbrechen einem subjectiven Rechte zuwiderläuft.)

Besteht nun das subjective Recht, wie dargelegt wurde, ausschliesslich darin, dass ein anderer Mensch verpflichtet ist, dann besteht eben das Recht ausschliesslich für den Verpflichteten. Das ergibt sich schon daraus, dass Berechtigtsein nichts heisst, als: in Beziehung stehen. Besteht aber das subjective Recht ausschliesslich für den Verpflichteten, dann kann nur dieser diesem Rechte zuwiderhandeln. Es ist sonach unmöglich, dass eine Handlung oder Unterlassung — und nur darauf kann man, wie dargelegt, ein Recht haben, dass ein Anderer handelt oder unterlässt — rechtswidrig ist, ohne pflichtwidrig zu sein.

Rechtswidrigkeit und Pflichtwidrigkeit sind sonach — immer objectiv formal betrachtet, also mit Ausschluss der nicht wider ein subjectives Recht laufenden Pflichtverletzungen — nicht zwei verschiedene Prädicierungen einer Handlung. In dem Urtheil: eine Handlung ist rechtswidrig, liegt das Urtheil: sie ist pflichtwidrig,

logisch nothwendig eingeschlossen, und umgekehrt. Die beiden Urtheile besagen ein und dasselbe; sie unterscheiden sich lediglich dadurch, dass die Handlung, beziehungsweise Unterlassung einmal vom Standpunkt des Berechtigten, das andere Mal vom Standpunkt des Verpflichteten betrachtet wird. Sie sind begriffsnothwendig ebenso unzertrennbar verbunden, wie die beiden Punkte der Rechtsbeziehung.

Und nachdem eine Pflicht nur Demjenigen und auch nur dann auferlegt wird, wenn der Gesetzgeber eine zumindest regelmässige Wirksamkeit der Norm erwarten kann (oben § 16), können weder Unzurechnungsfähige, noch Zurechnnngsfähige im Moment der Unzurechenbarkeit ihres Thuns verpflichtet sein, und daher auch nicht pflichtwidrig und sonach auch nicht rechtswidrig handeln. Und da von einer Pflicht nur dann die Rede sein kann, wenn der Gesetzgeber die Norm im einzelnen Falle auch erlassen wollte — denn die Norm ist wesentlich Willenskundgebung (oben § 17) —, und dies nur dann anzunehmen ist, wenn eine specifisch-rechtliche oder eine andere Delictsfolge angedroht wurde, und sich für das Verbotensein des Thuns im geltenden Rechte ein Anhaltspunkt finden lässt, kann von einer Pflicht-, beziehungsweise Normwidrigkeit einer Handlung oder Unterlassung nur dann gesprochen werden, wenn diese Voraussetzungen zutreffen. Wo also eine Pflichterfüllung oder eine Rechtsausübung oder ein rechtsfreies Thun vorliegt, ist niemals eine Rechtswidrigkeit der Handlung gegeben.

Rechtswidrig, bezw. pflichtwidrig kann daher immer nur eine verbotene, zurechenbare Handlung oder Unterlassung eines Menschen sein. Und nur in diesem Falle kann auch von Normwidrigkeit die Rede sein. Eine Handlung, die einem subjectiven Recht zuwiderläuft, ohne dem objectiven Rechte, einer Norm zu widerstreiten, ist ein Unding. Nach der Ausdrucksweise der herrschenden Terminologie gibt es sonach nur eine subjective, nicht auch eine nichtsubjective, bloss „objective Rechtswidrigkeit". Correcterweise darf aber auch von einer subjectiven Rechtswidrigkeit nicht gesprochen werden, da von einer solchen zu sprechen nur dann einen vernünftigen Sinn hat, wenn es eine objective Rechtswidrigkeit gibt, zu der die subjective eben in Gegensatz gebracht werden soll. Der Begriff der Rechtswidrigkeit oder Pflichtwidrigkeit lässt eine Zerfällung in eine objective und subjective Seite schlechterdings nicht zu. Denn das Recht erfasst weder die Innerlichkeit des Menschen allein, noch die äussere Sphäre allein, sondern es wirkt durch die Innerlichkeit — als Motiv — auf die äussere Bethätigung. Nur

äussere Bethätigung ist für das Zusammenleben der Menschen bedeutungsvoll. Objectiv rechtswidrig im Sinne von: objectiv wider das Recht, und subjectiv rechtswidrig im Sinne von: subjectiv wider das Recht, ist eine völlig missverständliche Bezeichnung. Jede Rechts-, bezw. Pflichtwidrigkeit ist begriffsnothwendig zugleich subjectiv und objectiv, eine logische Zerfällung allemal unrichtig und unnöthig. —

II. Wurde im Bisherigen versucht, den Begriff der Rechtswidrigkeit aus allgemeinen Gesichtspunkten zu gewinnen, um positiv nachzuweisen, dass es eine Rechtswidrigkeit nur in der Bedeutung gibt, in der man von einer subjectiven und objectiven Rechtswidrigkeit zu sprechen pflegt, so soll nunmehr durch critische Besprechung der Begriff der objectiven Rechtswidrigkeit als ein unzutreffender, nichtiger erwiesen werden.

Es hat sich — oben § 18 — ergeben, auf welchen Wegen man vermittelst objectivierenden Denkens dahingelangte, von einer „objectiven Rechtswidrigkeit" zu sprechen. Im Folgenden sollen die verschiedenen Arten dieses Begriffes, wie sie in der Literatur construiert wurden, und die mit den angegebenen Beispielen noch nicht erschöpft sind, besprochen werden. Um alle diese Spielarten — es werden sich deren zweiundzwanzig herausstellen — in ihrem eigenthümlichen Gehalte klarzulegen, ist es erforderlich, aufzudecken, welche Ueberlegungen zu ihnen geführt haben.

Um in die ausserordentlich verwickelte Materie Ordnung zu bringen, scheint es geboten, die Gedankengänge als theilweise gemeinsamen Ursprungs darzuthun. Keineswegs sollen die Lehren damit in ein System gebracht werden. Ein derartiger Versuch wäre, nachdem die verschiedenen Vorstellungen und Lehren in ihrem Ineinandergreifen ein geradezu unentwirrbares Geflecht bilden, aussichtslos; er ist aber auch unnöthig; zur Bekämpfung der Begriffe genügt, sie in ihrer Genese und Bedeutung klarzustellen und den Fehler aufzuzeigen, der ihnen jeweils zu Grunde liegt.

Wenn also im Folgenden vier Hauptgruppen aufgestellt werden, denen sich die einzelnen zu bekämpfenden Lehren unterordnen, so soll damit lediglich eine Uebersicht ermöglicht werden. Die Reihenfolge, in der die Begriffe aufgeführt erscheinen, entspricht weder der Reihenfolge ihrer Entstehung in der Dogmengeschichte, noch fusst sie auf einem wissenschaftlichen Eintheilungsprincip. Für die Bildung der Gruppen und die Aufeinanderfolge in der Darstellung waren lediglich die Fragen maassgebend: In welcher Reihenfolge können die entgegenstehenden Ansichten am zweckmässigsten be-

kämpft werden? In welcher Weise kann die Bekämpfung in einer zusammenhängenden Darstellung erfolgen?

Die verschiedenen Arten des Begriffes der objectiven Rechtswidrigkeit erscheinen als Resultate von Vorstellungsreihen, die sich in vier Gruppen zusammenfassen lassen. Man gelangte im Allgemeinen zu den Begriffen, indem man entweder

1. mit dem Begriffe der Erlaubnis operierte; oder

2. die Bestimmungen des Strafgesetzes mit denen der anderen Gesetze und untereinander in Zusammenhang brachte;

3. indem man die Normen an untaugliche Befehlsempfänger gerichtet sein liess; und

4. indem man die formelle Seite des Rechtes mit der inhaltlichen vermengte.

Die unter Punkt 3 angeführten Lehren fallen theilweise auch unter Punkt 1; sie werden aber deshalb herausgestellt und später behandelt, weil ihre Bekämpfung die Widerlegung anderer Lehren voraussetzt.

Die nachstehenden critischen Ausführungen erfolgen unter drei Vorbehalten:

1. Da sich in den Werken der citierten Schriftsteller oft nur sehr dürftige Anhaltspunkte dafür ergeben, auf welchem Wege sie dazu gelangt sind, von einer objectiven Rechtswidrigkeit zu sprechen, erscheint es, wenn auch selbstverständlich die grösste Sorgfalt darauf verwendet wurde, dem Gedankengang der einzelnen Gelehrten nachzuspüren, umsoweniger ausgeschlossen, dass manche Ausführungen nicht richtig verstanden wurden, als die Materie sehr compliciert ist.

2. Es spielen in der Literatur terminologische Verschiedenheiten eine unheilvolle Rolle. Oft genug wird mit dem Worte „objective Rechtswidrigkeit" ein ganz richtiger Sinn verbunden. Es wird sich jedoch zeigen, dass jedesmal, wenn das Wort gebraucht wird, ein wissenschaftlich feststehender Terminus, der zur Verfügung stand, beiseite geschoben, und dafür das so vielfach missbrauchte, sachlich unrichtige Wort verwendet wurde.

3. Die Polemik leidet weiters an der grossen Schwierigkeit, dass aus den beurtheilten Ausführungen nicht immer klar hervorgeht, ob ihr Verfasser de lege ferenda oder de lege lata spricht. Gerade die Gesetze verwenden das Wort rechtswidrig vielfach in unklarer Weise und geben oft Anlass, eine objective Rechtswidrigkeit anzunehmen. Soferne die Schriftsteller von einer solchen Rechtswidrigkeit sprechen, weil sie das Gesetz in der Weise interpretieren, dass sie z. B. annehmen, der Gesetzgeber setze ein Ver-

schulden nicht voraus, wenn er von einem „rechtswidrigen Angriff“ spricht, kann natürlich der Vorwurf, es sei irrthümlich construiert worden, nicht Geltung beanspruchen.

Weil sich in den citierten Ausführungen die Vorstellungsreihen, die hier gesondert vorgeführt werden, vielfach durchkreuzen, war es unumgänglich, manche Stellen aus der Literatur mehrfach anzuführen. Im Allgemeinen aber beschränkt sich die Belegung mit Citaten lediglich auf Beispiele. Eine erschöpfende Anführung würde das Material in einer Weise häufen, dass die angestrebte Uebersicht verloren gienge.

# III. ABSCHNITT.

# Der Begriff der objectiven Rechtswidrigkeit.

## A. Der Begriff der Erlaubnis.

### § 22. I. Die Tendenz zu objectivieren und zu generalisieren.

§ 22. Die Tendenz zu objectivieren und zu generalisieren

Bereits bei Gelegenheit der Feststellung, dass das Recht einen Complex von Imperativen darstellt, wurde die diesem Satze entgegenstehende Behauptung, dass das Recht auch die Function, zu erlauben übe, angefochten (§ 10). Die Lehre von den s. g. erlaubenden Rechtssätzen steht im innigsten Zusammenhange mit der Lehre von der Rechtswidrigkeit.

Aus dem Begriffe der Rechtsbeziehung hat sich der Begriff der Rechtswidrigkeit insoferne als mit dem der Pflichtwidrigkeit identisch ergeben, als rechtswidrig nur handelt, wer pflichtwidrig handelt. Es hat sich weiter ergeben, dass nur die tauglichen Befehlsempfänger pflichtwidrig handeln können, und auch nur dann, wenn sie sich in einer Lage befinden, in der der Gesetzgeber die Norm erlassen kann, d. h. wenn er eine mindestens regelmässige Wirksamkeit erwarten kann, bezw. wenn sie in einer Situation sind, in der er die Norm erlassen will. Bei Vertretungsbedürftigen, wie Kindern, Geisteskranken, ergeht die Norm, wie eine eingehende Analyse ergeben würde, an die Vertreter als taugliche Befehlsempfänger. Pflichten im strengen Sinne sind immer nur höchstpersönliche Pflichten, da ja das Recht als Motiv Function im Verpflichteten ist, und als Verpflichteter eigentlich nur ein tauglicher Befehlsempfänger angesehen werden kann. Auch die Pflichten juristischer Personen sind, wie dargelegt, in letzter Linie Pflichten von Menschen: der Organe.

Gemäss der engen Umgrenzung des Kreises der von der Norm getroffenen Menschen engt sich auch der Kreis Derer ein, die pflichtwidrig handeln können.

Eine Handlung als pflichtwidrig praedicieren heisst, sie mit der Psyche des von der Norm Betroffenen in Verbindung bringen: Der

thatsächliche Vorgang, der zugrunde liegt, wenn man von Pflichtwidrigkeit spricht, besteht darin, dass die individuellen Motive des Verpflichteten im Kampfe mit dem vom Rechte gegebenen oder entliehenen Motive die Oberhand behalten haben. Die Bezeichnung: Rechtswidrigkeit weist darauf hin, dass die der Pflicht correspondierende, bezw. in ihr bestehende psychische Macht des subjectiv Berechtigten sich als solche nicht bewährt hat. Bringt man die pflichtwidrige Handlung in eine Beziehung zur formellen Seite des Rechtes als eines Complexes von Normen, so ergibt sich der Begriff der Normwidrigkeit. Jede pflichtwidrige Handlung ist normwidrig; jede normwidrige Handlung ist pflichtwidrig.

Betrachtet man die pflichtwidrige Handlung vom Standpunkte der Function des Rechtes, also des Zweckes, den der Gesetzgeber verfolgt, so ergibt sich der Begriff der Interessenwidrigkeit. Jede pflichtwidrige Handlung enthält sonach — inhaltlich betrachtet — das Moment der Interessenwidrigkeit, und zwar, da das Recht abstracte Interessen schützt, das Moment der abstracten Interessenwidrigkeit. Dennoch aber dürfen die Begriffe der Interessenwidrigkeit und der Pflichtwidrigkeit nicht miteinander verwechselt werden. Denn die formale und die inhaltliche Seite sind strenge zu sondern.

Indem man nun in der Literatur vielfach übersah, dass die Normen, die wesentlich Willenskundgebungen eines vernünftigen Gesetzgebers sind, nur in den Fällen ergehen können, wo eine regelmässige Wirksamkeit erwartet werden kann, und nur erlassen werden, wenn der Gesetzgeber eine Handlung oder Unterlassung verhindern will, erweiterte man den Kreis der von der Norm Betroffenen, und nannte das Handeln von Personen, die gegen die „Norm" zu verstossen schienen, ohne dass in Wahrheit eine Norm ergangen wäre, ein „objectiv rechtswidriges", weil es scheinbar gegen das Recht gerichtet ist; wenn Zurechnungsfähigkeit, bezw. Zurechenbarkeit nicht vorlag, nahm man an, dass dem Handelnden ein „Schuldausschliessungsgrund" zur Seite stehe; wenn aber die Handlung im Zustande der Zurechenbarkeit gesetzt wurde, dachte man sie, weil eben Strafe nicht eintrat, als mit einem „Strafausschliessungsgrunde" versehen. Diese „Gründe" figurieren als „Rechtsgründe", d. h. sie sollten den formalen Grund für die Straflosigkeit angeben, die man nicht erklären konnte, weil man eine Norm irrthümlicherweise als erlassen betrachtete. Solchermaassen wurde die Handlung des in Nothwehr Befindlichen, des Soldaten im Kriege, des operierenden Arztes zu einer „objectiv rechtswidrigen", wiewohl doch an diese Personen Normen, die Handlung zu unterlassen, nicht ergehen, und ein Berechtigter, dessen Interesse gegen diese Handlungen geschützt

werden soll, gar nicht vorhanden ist. Wer an der Relationsnatur des Rechtes festhält, bewahrt sich davor, Pflichten dort anzunehmen, wo Rechte nicht correspondieren. Das Ausserachtlassen der Relationsnatur ist eine der ergiebigsten Quellen der objectiven Rechtswidrigkeit.

Da nun aber die construierten Rechtswidrigkeiten sichtlich keine oder doch nur civilistische Rechtsfolgen nach sich zogen, so war man genöthigt, entweder den Kreis der Normen, den man zu weit gezogen hatte, zu verengern, indem man „Ausnahmen von den Normen" statuierte, oder indem man „Ausnahmen von der Rechtswidrigkeit" aufstellte.

Der merkwürdige Process, der hier angenommen wird, wird in der Weise gedacht, dass principiell die Norm — zu welchem Zweck? — ergeht, um unmittelbar vor Setzung der — bloss theoretisch verbotenen — Handlung wieder „zurückgezogen" zu werden. So sagt Janka (Strafrecht, S. 105): „Alle Normen nun sind Normen mit Ausnahmen .... Unter bestimmten Voraussetzungen weicht die Norm, sie zieht ihren Imperativ zurück, was der Regel nach rechtswidrig ist, hört unter der exzeptionellen Voraussetzung auf, es zu sein. Sohin haben wir es mit Gründen ausgeschlossener Rechtswidrigkeit des Verhaltens zu thun." Liepmann, Einleitung, S. 178: „Da Rechtsvorschriften kein absoluter Wert zukommt, so kann der Schutz, den die Rechtsordnung menschlichen Interessen verspricht, diesen im Einzelfalle entzogen werden .... Mit Fug hat man daher die Rechtsnormen als Regeln mit Ausnahmen bezeichnet." Die Zurückziehung der Normen verleiht oft auch zugleich ein Recht. So ist nach häufig vertretener Ansicht die Handlung des in Nothwehr Befindlichen „Recht" und desungeachtet „rechtswidrig" — eine in sich widerspruchsvolle Auffassung. Und weil dieses Recht eigentlich wider das Recht ist, bedarf es eines Schuld- oder eines Strafausschliessungsgrundes oder gar beider.

Hiezu kommt noch eine subtile Unterscheidung, je nachdem die objective Rechtswidrigkeit im Sinne einer Richtung gegen das Strafrecht selbst oder auch gegen das bürgerliche Recht verstanden wird (vgl. Janka, Strafrecht, S. 115). Ist die Handlung zwar straflos, aber doch gegen das Strafrecht gerichtet, dann ist sie „strafloses Verbrechen" — eine contradictio in adjecto, deren sich Alle schuldig machen, die das Verbrechen als „strafbedrohte Handlung" definieren. Das „Zurückziehen der Norm" gilt in der Literatur oft auch als Erlaubnis, als eine Erlaubnis, die oft schlechthin als Gewährung eines Rechtes hingestellt wird. So sagt Löffler: „Wir werden belehrt, dass die Nothwehr eine erlaubte Handlung ist; es

besteht ein Recht der Nothwehr, nicht bloss Straflosigkeit derselben; darüber hat man sich geeinigt" (Z. XXI, S. 538). Allerdings ist nach Löffler damit die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen. Manche Schriftsteller dagegen lassen neben die Rechtsqualität der Handlung noch Schuld- und Strafausschliessungsgründe treten, z. B. v. Kallina (Amtshandlungen, S. 2, über die Nothwehr): „Sie ist das Recht einer Rechtsgüterverletzung des Angreifers . . . sie ist ein Act vom Staate zugestandener Eigenmacht, ein Recht, nicht ausnahmsweise straflos gelassenes Verbrechen. Sie ist Strafausschliessungsgrund, weil (!) Schuldausschliessungsgrund." Mit diesen „Gründen" wird die Rechtswidrigkeit doch wieder eingeführt. Denn wozu bedarf der „Berechtigte" erst eines Schuld- oder Strafausschliessungsgrundes, um sein Recht auszuüben?

Die „Ausnahmen von der Norm" führen nothwendig zur „objectiven Rechtswidrigkeit", diese nothwendig zu den „erlaubenden Rechtssätzen." Thatsächlich aber bedarf, wer die Norm nur an taugliche Befehlsempfänger und an diese nur dann gerichtet denkt, wenn die Erlassung einen vernünftigen Zweck hat, weder der Ausnahmen, noch der objectiven Rechtswidrigkeit, noch auch der erlaubenden Rechtssätze.

Zudem leuchtet von vornherein ein, dass in dem Erlauben keinerlei Thätigkeit liegt. Wer sein Leben hindurch nichts thäte, als erlauben, thäte gar nichts. Man könnte ihn mit all seinen Gewährungen und Erlaubnissen hinwegdenken, ohne an dem Verlauf der Ereignisse, die sich um ihn abspielen, das Geringste zu ändern. Dem Rechte als einer wirkenden Macht neben der Function, zu befehlen, die Thätigkeit des Erlaubens zusprechen, heisst verkennen, dass es ein Complex von Imperativen ist. Erlauben ist keine Thätigkeit. Von einer Handlung aussagen, sie sei erlaubt, bedeutet nichts, als: sie sei nicht verboten. Man braucht die Erlaubnisse gar nicht, wie Jellinek (Staatenverträge, S. 6, Note 8) thut — der zur Lehre Thons, dass das Recht nichts sei, als ein Complex von Imperativen, hinzufügt: „ein Satz, dem ich insoferne zustimme, als auch die erlaubenden Rechtssätze, die Thon eliminiren will, eine negative Seite haben, von der aus gesehen sie als Befehle erscheinen" —, als Imperative an den Richter aufzufassen oder als Imperativ an die Staatsbürger: „Ihr sollt diese Handlung nicht als verboten betrachten"; sie sind überhaupt nicht Sätze, die in eine selbständige Norm ausmünden.

Die erlaubenden Rechtssätze hat insbesondere Thöl zu Ehren gebracht (Einleitung, S. 97): „Die Rechtssätze sind entweder verneinende, oder begriffsentwickelnde, oder berechtigende, und die letzteren wieder entweder erlaubende, oder gebietende, oder ver-

bietende". Es leuchtet ein, dass Thöl mit dieser Eintheilung die in den Gesetzen niedergelegten Sätze in ein Schema bringen wollte, dass es ihm keineswegs darum zu thun war, zu bestreiten, dass das Recht als psychologisch wirkende Macht in Motiven und daher in Imperativen besteht. Man wird der Eintheilung aber um so weniger eine theoretische Bedeutung beimessen, als Thöl selbst zugibt, dass sie nicht „eine Eintheilung sämmtlicher Rechtssätze" ist. Thöl scheint den erlaubenden Rechtssätzen aus demselben Grunde, wie Binding, eine besondere Wichtigkeit zuzulegen; denn auch er fasst das Recht nicht als Können, sondern als Dürfen auf, wie sich aus der Einreihung der erlaubenden Rechtssätze in die Categorie der „berechtigenden Rechtssätze", ferner aus der Stelle ergibt (S. 104): „Ein Rechtssatz giebt das «ausschliessliche Jagdrecht». Hiemit ist ein erlaubender Rechtssatz, dass der Berechtigte jagen darf, und ein verbietender, dass alle Anderen ihm verpflichtet sind, das Jagen zu unterlassen, aufgestellt. Der letztere Rechtssatz schliesst den ersteren so wenig in sich, als der erstere den letzteren." Freilich, ein Erlauben, ein Dürfen bringen die an die Anderen gerichteten Verbote für den Berechtigten nicht hervor und daher auch nicht ein Recht, das ein Dürfen ist. Aber sie bringen, wie dargelegt, sehr wohl ein Können des Berechtigten dem Verpflichteten gegenüber mit sich, und darin eben besteht in Wahrheit das Recht. Eine Erlaubnis neben diesen Verboten anzunehmen, ist völlig überflüssig. Man denke sich die Erklärung des Erlaubtseins hinweg: Das Recht besteht intact fort. Es liegt ein richtiger Kern darin, wenn es S. 103, Note 6 heisst: „Es ist nicht zuzugeben, dass das Erlauben nur einen Sinn haben könne in Beziehung auf ein vorausgedachtes Verbot, indem es eigentlich nur ein Negiren der Negation sei (d. h. eines Verbotes). Freilich hat ein erlaubender Rechtssatz dann eine grosse Bedeutung, wenn das, was er erlaubt, vorher verboten war . . . Sollte dieses aber seine einzige Bedeutung seyn, so müsste es sich ganz von selbst verstehen, und unzweifelhaft seyn, dass Alles, was nicht verboten ist, erlaubt ist. Allein es ist oft schwer zu wissen, was Alles ich thun, und was Alles ich unterlassen darf . . . und es haben daher die erlaubenden Rechtssätze eine weitgehende Bedeutung." Damit ist aber nichts gesagt, als dass die erlaubenden Rechtssätze erklärende oder, wie man auch gesagt hat, declaratorische Rechtssätze seien, und dass sie — gewiss nothwendige — Verdeutlichungen enthalten, Erklärungen geben, wie Gebote und Verbote aufzufassen seien.

Keineswegs geht es an, deshalb von einer neben den Imperativen gegebenen Function des Rechtes, zu erlauben zu sprechen,

wie z. B. Pernice, Grünhut, Bd. VII, S. 477 thut: „Es ist nicht abzusehen, warum die Handlungsweise denkender Wesen nicht auch durch eine Erlaubnis bestimmt werden könne.“ Denn gewiss handelt kein Vernünftiger deshalb, weil ihm die Handlung erlaubt ist, sondern weil sie irgend eine Befriedigung verspricht. Die Erlaubnis kann allerdings insoferne ein Antecedens der Handlung sein, als der Handelnde nicht gehandelt hätte, wäre ihm die Erlaubnis nicht ertheilt worden. Dann aber hatte er die Handlung eben für verboten gehalten, und das Gesetz räumte mit der Erlaubnis bloss ein Hindernis hinweg.

Dass das Erlauben nur einen negativen Sinn hat: nicht verbieten, erhellt schon daraus, dass es nur dann und dort vernünftig ist, eine Erlaubnis auszusprechen, wo sie sich an Jemanden richtet, der über seine Befugnis geirrt hat, der glaubte, die Handlung sei verboten — eine Auffassung, zu der sich zahlreiche Schriftsteller bekannt haben, wie Thon, Rechtsnorm, S. 292, Bierling, Jur. Pr. I, S. 93, Schuppe, subj. Recht, S. 59, Klöppel, Staat, S. 259.

Gegen solche Auffassung aber verwahrten sich manche Stimmen energisch. So rügt Binding „die unschöne Verwechslung von rechtlich erlaubt und unverboten“ (Normen, I, S. 105). Es wurde bereits (oben §§ 10, 11) dargethan, dass Binding zu dieser Unterscheidung dadurch gedrängt wurde, dass er das Recht fälschlich als ein Dürfen ansieht, und dass er einen Unterschied zwischen Recht und rechtsfreiem Dürfen nur dadurch construieren kann, dass er an den Berechtigten einen „erlaubenden Rechtssatz“ ergehen lässt.

Nachdem aber weder Binding, noch die anderen Schriftsteller, welche der Unterscheidung zwischen Erlauben und Nichtverbieten das Wort reden, angeben, worin denn der Unterschied eigentlich bestehe, ist es erforderlich, auf eigene Hand zu untersuchen, inwieferne eine Trennung der Begriffe überhaupt denkbar ist. In dreifacher Hinsicht — so scheint es — kann von einer Erlaubnis dann nicht gesprochen werden, wenn das Gesetz eine Handlung nicht zu verbieten scheint:

1. Nachdem jede Norm begrifflich eine Sanction mit sich führt, sieht sich der Gesetzgeber, wenn er die Normen erlässt, gezwungen, die Willenskundgebungen und die Sanctionen gegeneinander abzuwägen. Die Normen sind bestimmt, durch Bekämpfung der Interessen der Betroffenen (Verpflichteten) die Interessen der dadurch Berechtigten zu schützen. Der Gesetzgeber weiss sehr wohl, dass die Normen nicht eine ausnahmslose, sondern nur eine höchstens regelmässige Wirksamkeit entfalten werden, und ist daher darauf gefasst, dass er die in Aussicht gestellten Rechtsfolgen häufig werde

eintreten lassen müssen. Soll sich aus dieser Bekämpfung und Beschirmung von Interessen ein Mehr an Interessenschutz ergeben, so muss sich der Gesetzgeber nicht nur insoferne eine Beschränkung auferlegen, als er nicht mit allzu scharfen Mitteln drohen darf, sondern auch darauf Bedacht nehmen, dass er manche Handlungen überhaupt nicht unter Strafe stellen kann, weil die ihm zur Verfügung stehenden Mittel im allgemeinen nur ein plumpes Zugreifen, nicht ein feines Distinguieren gestatten. Es hätte keinen vernünftigen Sinn, um des Schutzes geringfügiger Interessen willen wichtige Interessen anzutasten. Freilich steht dem Legislator nur ein genereller Maassstab zu Gebote. Im einzelnen Falle mag die Rechtsfolge, die eintritt, vitale Interessen um ganz geringfügiger Interessen willen verletzen. Nicht aber nach dem einzelnen Falle ist, wie betont, die Wirksamkeit der Norm und der Rechtsfolge zu beurtheilen. Nur die schwer messbare und wägbare Wirksamkeit, die der Befehl gegenüber der Gesammtheit der Rechtsunterworfenen entfaltet, darf mit der Wirkung verglichen werden, die der Eintritt der Rechtsfolge im einzelnen Falle übt, und nur hieraus kann ersehen werden, ob der Gesetzgeber seinen Zweck, die Interessen Aller zu schützen, erreicht.

Soferne nun der Gesetzgeber manche Handlungen nicht verbietet, obwohl es ihm doch nicht erwünscht ist, dass diese Handlungen gesetzt werden, könnte man sagen, diese Handlungen seien zwar nicht verboten, aber dessenungeachtet auch nicht erlaubt. Das Nichtverbieten sei demnach mit dem Erlauben nicht identisch. Der Gesetzgeber schweige, weil er nicht anders könne; aber es sei nicht ein Schweigen, auf welches das Wort zuträfe: qui tacet, consentire videtur. Insoferne also das Erlauben als ein Billigen aufgefasst würde, als ein Wollen dessen, was Andere thun, wäre es mit dem Nichtverbieten nicht identisch.

So zweifellos richtig diese Unterscheidung ist, so wäre es doch nicht correct, in solchen Fällen von einem Nichtwollen des Gesetzgebers zu sprechen. Denn das Recht ist lediglich ein Complex von Imperativen, und in den Normen sind alle Willenskundgebungen des Legislators enthalten. Das Recht ist lediglich Motiv im Verpflichteten. Wird eine Rechtspflicht nicht statuiert, so kann von einem Wollen oder Nichtwollen des Gesetzgebers nicht die Rede sein. Wo der Gesetzgeber nicht normiert, gesteht er eben zu, dass er hier nicht wollen kann, dass für ihn höchstens ein Wünschen, nicht aber ein Wollen vorliegt. Dieses Wünschen jedoch ist eine für das Recht völlig gleichgiltige psychische Disposition des Trägers der gesetzgebenden Organschaft. Das gesetzgebende Organ wünscht nicht als solches, sondern lediglich als Privatmann.

Dem Rechte als einem Complex von mit Sanctionen versehenen Willenskundgebungen kann die Function des Wünschens nicht zugeschrieben werden. Es ist juristisch unrichtig, dem Gesetzgeber als solchem ein Wünschen zu imputieren, und es ist psychologisch verfehlt, das Wünschen mit dem Wollen zu identificieren. Geradesowenig, als das Recht gegenüber Unzurechnungsfähigen und gegenüber Zurechnungsfähigen bezüglich unzurechenbarer Handlungen will, so wenig will es, wenn es aus einem vernünftigen Grund eine Norm nicht erlassen will. Mit Recht sagt Stammler (Wirtschaft, S. 314): „Der rechtliche Befehl tritt den Rechtsunterworfenen als bestimmbaren Wesen gegenüber und will auf sie in dieser ihrer Eigenschaft wirken." Völlig verfehlt ist es, von einem Nichtwollen des Gesetzgebers gegenüber Bethätigungen von Thieren oder Naturereignissen zu sprechen. Nur unter der Voraussetzung, dass in letzter Linie an eine Norm gedacht wird, die an taugliche Befehlsempfänger gerichtet ist, kann zugestimmt werden, wenn Löffler, Z. XXI, S. 562 f. sagt: „Wenn das österr. B.G.B. in § 1310 . . . . den Unzurechnungsfähigen die Schadenersatzpflicht auferlegt, wenn das deutsche B.G.B. . . . . bestimmt, dass, wer ein Tier hält, für den Schaden haftet, den dieses stiftet, so kann das nur auf der Voraussetzung beruhen, dass das Recht den Eintritt dieser Thatbestände nicht will." Dass Löffler das Wollen und Wünschen im Allgemeinen zutreffend scheidet, ergibt sich aus der Stelle: „Ich kann nur wünschen, nicht auch wollen, dass das eben aufziehende Unwetter meine Saaten verschone" (Schuldformen I, S. 6). So wenig irgend ein Mensch wollen oder nichtwollen kann, was seiner Kraft unerreichbar scheint oder von ihm ganz unabhängig ist, so wenig kann dem Gesetzgeber ein solches Wollen zugeschrieben werden. Vollends ist es oft genug nicht möglich, mit Bestimmtheit anzugeben, ob dem Legislator eine Handlung erwünscht oder unerwünscht ist. Dass der in Nothwehr Befindliche den Angreifer verletze, kann dem Gesetzgeber deshalb nicht gerade erwünscht sein, weil dadurch Interessen verletzt werden, die er sonst zu schützen strebt; dagegen könnte mit Rücksicht auf die wichtige präventive Wirkung, die eine scharfe Abwehr mit sich führt, sehr wohl behauptet werden, dass die Handlung erwünscht ist. Treffend unterscheidet Lammasch (Grundriss, S. 31) zwischen „Erlauben" und „Dulden" und deutet damit an, dass der Gesetzgeber, wenn er schweigt, damit entweder eine gewisse Zustimmung verbindet oder sich lediglich passiv verhält, weil er sich machtlos fühlt. Eine scharfe Grenze zu ziehen, ist aber nicht möglich, und eine Bedeutung dieses Unterschiedes für die formale Construction nicht gegeben.

Die erzielte Unterscheidung, dass das Recht, wenn es nicht verbietet, oft auch nicht erlaubt, entfällt mithin wieder, weil in den Fällen, wo sie statthätte, nur ein Nichtwünschen, nicht aber ein Nichtwollen vorliegt, und das Wünschen und Nichtwünschen ausser dem Bereiche des Rechtes liegt.

2. Eine eigenthümliche Schwierigkeit ergeben die Strafgesetze, sobald man zu ergründen versucht, ob die Vorbereitungshandlungen, bezw. die straflosen Versuchshandlungen verboten oder erlaubt, und damit pflichtwidrig sind oder nicht.

Erlaubt das Strafgesetz den Versuch, wenn es explicite statuiert: „Der Versuch ist nicht strafbar"? Es erlaubt ihn nicht. Als Motiv kann das Recht keine andere Function üben, als Menschen zu Handlungen oder Unterlassungen zu determinieren. Und nachdem der Erfolg ausserhalb der Handlung liegt, da der Handelnde nur die zahllosen zum Eintritte des Erfolges führenden Bedingungen completiert, lautet die Norm des Strafgesetzes nicht: Du sollst nicht bewirken, sondern nur: Du sollst nicht zu bewirken versuchen. „Nur das Bewirkenwollen — sagt Lammasch, Gefährlichkeit, S. 54 —, nur das Versuchen, als das allein Psychische an der That, ist es, dem der Staat mit psychischen Mitteln entgegenwirken kann." In Wahrheit ist immer nur der Versuch verboten. Und wenn die Vollendung allein bestraft oder schwerer geahndet wird, als der Versuch, so ist der Grund nicht der, dass der Erfolg allein oder strenger verboten wäre, als der Versuch; es ist vielmehr stets nach einem besonderen Grunde der eigenartigen Behandlung der Vollendung zu fragen. Die so vielfach aufgeworfene Frage, warum der Versuch überhaupt bestraft wird, und warum er milder bestraft wird, ist schlecht gestellt. Richtigerweise kann die Problemstellung nur lauten: Ist die Vollendung strenger zu bestrafen, bzw.: warum ist sie strenger zu bestrafen? Der Versuch ist sonach niemals „erlaubt", und in den Worten: „Der Versuch ist nicht strafbar", weder ein Erlauben, noch ein Nichtverbieten ausgesprochen. Aus demselben Grunde sind auch die Vorbereitungshandlungen als verboten anzusehen; denn sie bilden nur denjenigen Theil des „Unternehmens", der übrigbleibt, wenn man die (strafbaren oder straflosen) Versuchshandlungen ausscheidet, und der aus bestimmten Rücksichten nicht pönalisiert wird.

Nun aber erhebt sich die Frage, ob die straflosen Etappen verpönten Geschehens pflichtwidrig sind. Sie scheinen es zu sein, da sie einer Norm widerstreiten und gegen ein geschütztes Interesse, wenn auch nur als Gefährdung, gerichtet sind. Dagegen scheint der Begriff der Norm zu fordern, dass jede pflichtwidrige Bethätigung

eine „Unrechtsfolge" nach sich zieht. Denn die Norm ist, wie dargelegt, begrifflich mit einer Sanction versehen, und die Sanction ist im Falle der Normübertretung immer zu realisieren. Wenn nun die Vorbereitungshandlungen und der straflose Versuch weder einer privatrechtlichen, noch einer criminellen Folge begegnen, kann desungeachtet Pflichtwidrigkeit gegeben sein?

Abermals zeigt sich hier, wie wichtig es ist, nicht von der Rechtsfolge, sondern vom präventiven Character des Rechtes auszugehen. Die abhaltende Wirkung der Drohung ist wesentlich dieselbe, ob der Versuch, bzw. die Vorbereitungshandlung mit Strafe bedroht ist oder nicht. Denn der Versuchende erhofft immer die Vollendung, widrigenfalls er nicht handeln würde. Daher kann für den Fall, dass die Handlung beim Versuch stehen blieb, von der Vollziehung der Sanction Umgang genommen werden, ohne dass hiedurch an der Pflichtwidrigkeit das geringste geändert, und ohne dass die abhaltende Wirkung der Drohung abgeschwächt würde. Auch hier also bewährt sich die Negierung erlaubender Rechtssätze. (Treffend Bierling, Kritik, I. Th., 147.)

3. Erlauben und Nichtverbieten sind, wenn sie auch, soweit das Recht in Betracht kommt, inhaltlich dasselbe ausdrücken, d. h. dieselbe rechtliche Stellungnahme des Gesetzgebers zu Bethätigungen von Menschen kennzeichnen, doch formell von einander verschieden, indem Erlauben ein positiv-, Nichtverbieten ein negativ-gefasster Ausdruck ist. Darnach heisst Erlauben: erklären, dass nicht verboten wird. Einen Eingriff in das Geschehen — und das Recht ist als reale Macht immer ein Geschehen — bedeutet weder das Erlauben, noch das Nichtverbieten; aber im Erlauben liegt die Thätigkeit des Erklärens. Erlauben ist — soll es überhaupt einen vernünftigen Sinn haben — die Erklärung, dass Jemand eine Handlung oder Unterlassung nicht als verboten ansehen möge. Als negatives Urtheil hat Erlaubnis nur einen Sinn als Verneinung eines positiven Urtheils: Eine Erlaubnis, die sich an Jemanden richtete, der die Handlung für verboten zu halten einen vernünftigen Grund nicht hat, würde nur spöttischem Lächeln begegnen. „In Ansehung des Inhalts unserer Erkenntnis überhaupt . . . . . haben die verneinenden Sätze das eigenthümliche Geschäft, lediglich den Irrthum abzuhalten. Daher auch negative Sätze, welche eine falsche Erkenntnis abhalten sollen, wo doch niemals ein Irrthum möglich ist, zwar sehr wahr, aber doch leer . . . . und eben darum oft lächerlich sind". (Kant, Krit. d. rein. Vern., S. 545.)

Aus zweierlei Gründen kann der Gesetzgeber annehmen, dass der Rechtsunterworfene eine Handlung für verboten hält: entweder,

weil die Handlung in der That in einem früheren Gesetze, das nunmehr aufgehoben werden soll, verboten war, oder weil der Rechtsunterworfene die Handlung deshalb für verboten hielt, bezw. halten musste, weil sie der Gesetzgeber in ebendemselben Gesetze, in dem er sie für erlaubt erklärt, an anderer Stelle — scheinbar — verboten hat. Im ersten Fall enthält die Erlaubnis ein neues Gesetz, die Rücknahme eines ergangenen Imperativs, im zweiten Fall die Einschränkung einer Norm, das Zurückziehen eines als ergangen gedachten Imperatives. Dem Nichtverbieten des früher verboten Gewesenen tritt das Erlauben des nicht verboten Gewesenen zur Seite. Zurücknahme eines ergangenen Verbotes also und Statuierung von „Ausnahmen" sind die möglichen Fälle des Erlaubens im Rechte.

Wird nun dargethan, dass dieses Erlauben in seinen beiden möglichen Erscheinungsformen nicht in selbständige Normen ausmündet, dann sind — so scheint es — alle Bedenken gegen die rein imperativische Natur des Rechtes zerstreut, bezw. die Annahme, es gebe erlaubende Rechtssätze neben den Normen, als ungerechtfertigt dargethan.

Dass in dem Zurücknehmen eines in einem früheren Gesetze erlassenen Verbotes eine Aenderung der Norm liegt, kann nicht zweifelhaft sein. Vom Standpunkte des neuen Gesetzes jedoch, der der allein maassgebende ist, ist damit eine neue Norm nicht gegeben. Die Handlung ist jetzt nicht verboten. Ob sie es früher war oder nicht, ist für den gegenwärtigen Rechtszustand völlig gleichgiltig. In der That braucht die Aufhebung des früheren Gesetzes in dem neuen Gesetze gar nicht ausgesprochen zu werden. Das alte Verbot fällt von selbst hinweg, wenn es mit dem neuen Gesetze in Widerspruch steht. Wird im neuen Gesetze ausdrücklich hervorgehoben, welche Bestimmungen ausser Kraft gesetzt werden, wie dies in den Einführungsgesetzen häufig geschieht, so dient dieser Hinweis lediglich der Abwehr des Zweifels, um Missverständnisse über den geänderten Willen des Gesetzgebers auszuschliesen. Eine Thätigkeit gegenüber den Rechtsunterworfenen, die neben der Normierung selbständig einhergienge, ist damit nicht gegeben. Der erklärende Rechtssatz mündet in keinerlei Norm aus. Im Gegentheil, er besagt nur, dass das geltende Recht um die eine Norm ärmer ist, als das frühere.

Die Statuierung von „Ausnahmen von den Normen" enthält lediglich die Zurückziehung einer bloss als ergangen angenommenen, nicht einer in der That ergangenen Norm. Der Satz: die Normen sind Normen mit Ausnahmen, könnte richtigerweise

nichts bedeuten, als: der Gesetzgeber erlässt die Normen nicht blindlings, ohne Vernunft, für alle Fälle, sondern nur dann und dort, wo er eine mindestens regelmässige Wirksamkeit erwartet, und wo er normieren will. Es liegt jedoch keinerlei zureichender Grund vor, deshalb von Ausnahmen zu sprechen. Zudem redet man von Ausnahmen von der Norm in verschiedenen Bedeutungen. Es wird mit dem Worte oft der Sinn verknüpft, dass die Norm zwar ergeht, aber nicht sichtbar wirkt, wie etwa die Schwerkraft auch im ruhenden Körper liegt, ohne aber eine in die Augen fallende Wirkung zu äussern. „Es geht in dieser Hinsicht — sagt Jellinek (social eth. Bed., S. 22) — mit den normativen Gesetzen ebenso, wie mit den Naturgesetzen, die auch selten in voller Reinheit zur Erscheinung gelangen können, weil ihre Wirkungen durch die anderen Gesetze perturbirt werden können. Es erscheinen daher viele Normen, insoferne sie im Zusammenhange mit den anderen betrachtet werden, nicht als ausnahmslos geltende Gesetze, sondern als Regeln mit Ausnahmen". Gerade diese eigenartige Vorstellung, dass die Normen principiell, in allen Fällen ergehen und nur in einzelnen Fällen keine Wirksamkeit haben, führte zu der Vorstellung, dass sie in den Fällen, wo sie nicht wirken sollen, „zurückgezogen" werden; man übersah hiebei, dass der „erlaubende Rechtssatz" nicht in der Zurückziehung einer thatsächlich ergangenen, sondern einer bloss als ergangen vorgestellten Norm besteht. Und nachdem die Norm dieser Auffassung thatsächlich vorhanden zu sein und nur eine Wirkung nicht zu haben scheint — als ob überhaupt eine Ursache wirkungslos sein könnte — erscheint die Handlung, die sich gegen die „Norm" richtet, als objectiv rechtswidrig. Jellinek allerdings scheint die als ergangen gedachte Norm nicht für wirkungslos zu halten. Worin bestünde aber die Wirkung? Sie wäre — der Causalitätslehre zum Hohn — lediglich theoretische Wirkung: Die Bethätigung, die der Norm „widerstreitet", wird — wie man sagt — „objectiv rechtswidrig". Damit nun diese „rechtswidrige" Handlung straflos bleiben konnte, bedurfte es der mannigfachsten Gründe: „Straf-, Schuldausschliessungsgründe, Rechtfertigungs-, Entschuldigungsgründe" u. s. f. — Termini, die fast bei allen Schriftstellern verschieden verwendet werden. In den Gesetzen ist die Straflosigkeit entweder ausgesprochen: in den sogen. „erlaubenden Rechtssätzen", die nunmehr einer juristisch-formalen Begründung bedürfen, oder sie sind nicht ausgesprochen. Im letzteren Falle also — so schliesst man — liegt eine Norm vor, die ausserhalb der Gesetze liegt. Andernfalls aber soll doch — trotzdem der Rechtssatz nur ein erlaubender ist — eine Norm ge-

geben sein. Manchmal wird solche Norm „Gegennorm" genannt, welche die Wirksamkeit der ersten Norm durchkreuzt. (Endemann, Lehrbuch, Bd. I, 2. Theil, S. 481 ff.; vgl. auch Schmidt, Arzt, S. 17, der von „Ausnahmegesetzen" spricht.)

Es scheint im ersten Augenblick unerklärlich, wieso man z. B. die Nothwehr für rechtswidrig halten kann. Der in Nothwehr Befindliche wird vom Rechte in keiner Weise gehindert, den Angreifer zu verletzen. Er hat nicht die Pflicht, sich der Verletzung zu enthalten, es trifft ihn keinerlei Rechtsfolge. Der Angreifer hat keinerlei Recht darauf, nicht verletzt zu werden. Und dennoch soll die Nothwehr rechtswidrig sein? Ja, obwohl manche Schriftsteller sie als nicht rechtswidrig, sondern als ein „Recht" anerkennen, soll dennoch ein Straf- oder Schuldausschliessungsgrund vorliegen. Als ob man jemals noch irgend eines „Ausschliessungsgrundes" bedürfte, wenn man ein Recht ausübt! (Vgl. S. 284.) Und was soll vollends der Schuldausschliessungsgrund bedeuten? Hat etwa die Abwehr nicht vorsätzlich stattgefunden? (Treffend Schmidt, l. c., S. 20.)

Die Gründe aller dieser Behauptungen liegen in der Literatur offen zu Tage. Die Lehren fussen entweder auf einer unzulässigen Objectivierung des Rechtes oder auf einer unzulässigen Generalisierung der Normen. Statt dass man, wie es allein richtig ist, vom Schutz der Interessen durch das Recht spricht, redet man vom Schutz der „Güter", der „Rechtsgüter", und verbindet damit die Vorstellung, als sei die Thatsache des rechtlich-geschützt-Seins ein dauernder Zustand, eine immanente Eigenschaft der Güter, die sich in allen Beziehungen, in die der Inhaber des Gutes tritt, in der Weise äussere, dass jede Handlung und Ereignung, die gegen das Interesse an diesem Gute gerichtet ist, objectiv rechtswidrig, eine „Rechtsgüterverletzung" ist. Solch objectivierende Vorstellung ist nicht zutreffend.

Der zweite Grund liegt darin, dass man die Normen generalisiert. Es ist freilich zutreffend, wenn Stooss, Schw.-Z. X, S. 352 erklärt, „dass der Strafgesetzgeber ein Gut als Gattung unter Strafschutz stellt und die Strafpflicht gegen eine Gattung von Handlungen begründet. Die Gattung setzt sich jedoch aus der Gesamtheit der Einzelerscheinungen zusammen." (Vgl. auch Schmidt, l. c. S. 17.) Man darf jedoch hiebei nicht übersehen, dass der Gesetzgeber lediglich der Bequemlichkeit halber, aus gesetzestechnischen Gründen, die Handlung erst generell verbietet und dann diejenigen Fälle aufzählt — oder auch nicht aufzählt —, die er ausnimmt. Diese ausgenommenen Thatbestände sind nicht von der Norm getroffen und nicht Ausnahmen von der Wirksamkeit der Norm. Die

Norm ergeht vielmehr in solchen Fällen nicht. Denn die Normen sind begrifflich Willenskundgebungen, ergehen also nicht, wenn der Gesetzesgeber nicht normieren kann — Unmögliches kann man nicht wollen —, und nicht normieren will. Und da die Norm nicht ergeht, wird sie auch nicht zurückgezogen und bedarf auch, um am Wirken gehindert zu werden, nicht einer Gegennorm, noch irgend eines Schuld-, Strafausschliessungsgrundes oder dergl. Desgleichen kann auch, wenn keinerlei Rechtsfolge eintritt — und eine Rechtsfolge tritt auch dann nicht ein, wenn die Handlung vollendet wurde —, von einer Rechtswidrigkeit nicht gesprochen werden. Worin bestünde denn das Recht, dem ohne Weiteres zuwidergehandelt werden darf?

Ein typisches Beispiel der Objectivierung bietet der Begriff „Rechtsgut", der fast allgemein angewendet wird; ein typisches Beispiel der Generalisierung bieten Beling's Grundzüge S. 27, wo aus § 211 R.St.G.B. der „allgemeine Rechtssatz" abgeleitet wird: „du sollst nicht den Tod eines Menschen (durch positive Handlung) verursachen."

Nachdem die Phrase „Ausnahmen von den Normen" zur Aufstellung einer grossen Zahl völlig nichtiger Begriffe geführt hat, kann Wach wohl nicht darin beigestimmt werden, dass die Lehre „zu irgend welchen Bedenken keine Veranlassung" gibt. (G. S. 1873, S. 444.) Der richtige Gedanke, der in den „Ausnahmen" liegt, ist bereits in dem Satze enthalten, dass alles Recht Situationsrecht ist.

Die Statuierung einer „Ausnahme" hat überhaupt nur insoferne eine Berechtigung, als sie die Aufstellung einer einfachen Regel ermöglicht. „Wir sind geneigt, innerhalb einer jeden Kategorie von Erscheinungen eine bestimmte Gruppe übereinstimmender Erscheinungen als Regelfälle zusammenzufassen und ihr andere, auf welche die so abstrahierte Regel nicht passt, als Ausnahmefälle gegenüber zu stellen. Wir betrachten es als Regel, dass ein Kalb vier Beine hat. . . . Wir nennen es eine Ausnahme, dass ein dreibeiniges Kalb geboren wird. . . . Aber immer müssen wir uns bewusst bleiben, dass dies nur eine Bethätigung unseres subjectiven Denkens ist, dass wir damit nicht den Regelerscheinungen in irgend einer Hinsicht eine höhere Existenzberechtigung zuschreiben als den Ausnahmeerscheinungen." (Kohlrausch, Irrthum, S. 61 ff.) Daraus, dass ein Thatbestand von der Norm ausgeschlossen ist, kann man weder die Rechtswidrigkeit noch einen formalen Ausschliessungsgrund deducieren. Denn nur der Einfachheit halber bedroht der Gesetzgeber eine Gruppe von Thatbeständen mit Strafe. Diese Gruppe setzt sich aber eben deshalb, weil die Normen nicht principiell ergehen, nicht aus allen Einzelerscheinungen zusammen.

„Es wäre gesetzestechnisch unmöglich und systematisch höchst unzweckmässig, die Norm wider die Tötung dahin zu formulieren: du sollst nicht einen Menschen ausserhalb des Falles der Notwehr, des Notstandes, der Ausübung eines Beamtenrechtes etc. töten! Da es unmöglich ist, den Umkreis der verbotenen Tötungen von vorneherein richtig abzustecken, wird er zunächst zu weit gezogen und sodann durch Aufstellung sogenannter »Ausnahmen« wieder eingeengt, Wie man die Grenze zwischen Regel und Ausnahme bezüglich der rechtswidrigen Handlungen ziehen will, unterliegt dabei in hohem Grade der Willkür. Nennt man z. B. die Tötung eines fremden Lebens «normalerweise» rechtswidrig, so setzt das bereits ihre Einschränkung auf die Tötung von Menschen voraus." (Kohlrausch, l. c., S. 63.) Und treffend wird hinzugefügt: „Ist aber die Fixierung von Regel und Ausnahme lediglich einem systematischen Bedürfnis entsprungen, dessen Befriedigung obendrein mehr oder weniger von individueller Willkür abhängt, so ist es unzulässig, im einzelnen Falle die Rechtswidrigkeit oder ihr Fehlen verschieden zu behandeln, je nachdem sie auf Grund der Regel oder auf Grund einer Ausnahme zu behaupten oder zu leugnen ist. Das Spazierengehen ist, wenn es mich an einen verbotenen Ort führt, nicht »an sich« rechtmässig, aber »ausnahmsweise« rechtswidrig, sondern schlechthin rechtswidrig. Die einzelne in Notwehr... begangene Tötung eines Menschen ist schlechthin rechtmässig, nicht mehr und nicht weniger als die Tötung einer Mücke." (S. 63 f.) Völlig consequent gelangt auch Kohlrausch zur Leugnung von rechtlichen „Strafausschliessungsgründen": „So hat es wohl auch nur einen — freilich oft missverstandenen — systematischen Grund, wenn das St.G.B. . . . . von Gründen spricht, welche die Strafe ausschliessen. Von dem nachträglichen Ausschluss einer zunächst begründeten Strafe ist dabei natürlich nicht die Rede." Desgleichen erfolgt, da überhaupt eine Norm nicht ergeht, keine nachträgliche Schuldausschliessung, Entschuldigung, Rechtfertigung u. dgl. (Es bedarf wohl keiner Hervorhebung, dass es sich hier nur um Fälle handelt, in denen eine Norm nicht ergeht. Der Construction von „Gründen" für den Fall persönlicher Unverantwortlichkeit u. dgl. wird hier natürlich nicht vorgegriffen).

Dient nun die Aufstellung von Regel- und Ausnahmefällen lediglich der Vereinfachung, indem sie gestattet, die Fülle der Erscheinungen in eine gewisse Ordnung zu bringen, so dient sie doch keineswegs unmittelbar der Erkenntnis dieser Erscheinungen. Man muss sich vielmehr hüten, den Vortheil, den die Vereinfachung mit sich bringt, dadurch wieder wettzumachen, dass man aus der Classi-

ficierung der Erscheinungen in Regel- und Ausnahmefälle überaus schwierige Begriffsbestimmungen ableitet. Mit derselben Berechtigung, mit der Beling in der citierten Stelle aus § 211, R.St.G.B. den „allgemeinen Rechtssatz": „du sollst nicht den Tod eines Menschen (durch positive Handlung) verursachen", ableitet, könnte — vom Standpunkte der Systematik betrachtet — aus § 53. R.St.G.B. der „allgemeine Rechtssatz" abstrahiert werden: Du darfst den Tod eines Menschen (durch positive Handlung) verursachen. Man wende nicht ein, dass von Regel und Ausnahme nur dann gesprochen werden könne, wenn der numerisch überwiegenden Zahl der Fälle als Regelfällen ein kleiner Bruchtheil von Ausnahmen gegenübertritt. Hat man doch auch die „Körperverletzungen", die von Aerzten in Ausübung ihres Berufes zugefügt werden, als Ausnahmefälle bezeichnet, und doch kann es keinem Zweifel unterliegen, dass in einem civilisierten Staate die Zahl der von Aerzten vorgenommenen „Körperverletzungen" die der verbrecherischen weit übersteigt. So zutreffend im allgemeinen die Einwendung sein mag, sie richtet sich gegen Diejenigen selbst, die sie zu Gunsten ihrer Lehre erheben.

Zu welch absonderlichen Behauptungen die Lehre von den Ausnahmen führt, zeigt die Literatur des Strafrechtes zur Genüge. So stellt Binding (Normen, I, S. 129 ff.) der Regel die Ausnahme gegenüber und führt die Ausnahme selbst wieder als Regel, und die Regel als Ausnahme auf. Wenn nämlich die Ausnahme nicht in der Statuierung einer blossen Erlaubnis, sondern einer Rechtspflicht liegt (hierbei wäre etwa an die Pflicht des Henkers, des Soldaten im Kriege, des Arztes zu denken), „dann wird eine Norm zur Ausnahme von der anderen". Zwei Normen stehen einander also nicht als Regel und Ausnahme, sondern als Ausnahme und Ausnahme gegenüber! Und Luden (Hdb., Bd. I, S. 305) kommt zu dem Schlusse: „Es muss daher erlaubt sein, zur Erhaltung dieses Rechtes sogar eine unerlaubte Handlung zu begehen" (vergl. auch Finger, Strafrecht 24). Und zu welch complicierten Aufstellungen die bekämpfte Lehre verleitet, illustriert ein Satz bei van Calker (Befehl, S. 13): „Ein persönliches Recht zu Rechtsgüterverletzungen gewährt die Amtspflicht, gewährt das Berufsrecht und gewährt auch der rechtsverbindliche Befehl; in allen diesen Fällen besteht ein Recht zur Vornahme der Verletzung und in allen diesen Fällen wirkt deshalb die subjective Berechtigung nicht nur als persönlicher Strafausschliessungsgrund, sondern als persönlicher Schuldausschliessungsgrund". Unter nicht weniger als fünf juristische Categorien wird damit die Amtshandlung des Henkers gestellt

subjectives Recht, Pflicht, Rechtsgüterverletzung, Straf- und Schuldausschliessungsgrund! Dieser Ballast von Begriffsbestimmungen ist ganz unnöthig. Die Schwierigkeit, die die juristische Prädicierung der fraglichen Handlungen bildet, liegt ja lediglich darin, dass sie scheinbar den gesetzlichen Thatbestand von Verbrechen bilden, ohne dass der Gesetzgeber die Handlungen strafen wollte, weshalb er sie eben in der That nicht unter Strafe stellt. Gebietet ihm das Interesse an der Einfachheit und Klarheit des Gesetzes, die Handlungen gattungsweise unter Strafe zu stellen, so nimmt er sie an anderer Stelle wieder aus. Die Normen eines Gesetzes haben aber stets als gleichzeitig erlassen zu gelten; § 5 des Gesetzes ist — wie ja gewiss auch van Calker nicht behaupten will — zeitlich nicht später als § 1. Es wird die Norm nicht erst erlassen und dann wieder zurückgezogen; sie wird vielmehr für die Ausnahmefälle gar nicht erlassen. Es bedarf daher keinerlei Behebung einer etwa begründeten Rechtswidrigkeit, keinerlei Ausschlusses einer consumierten Schuld oder Strafe. Gewiss liegt ein „Grund" vor, aus dem der Gesetzgeber die Handlung nicht bestraft. Aber dieser Grund ist ein practisch-politischer, nicht ein theoretisch-formaler, ein Rechtsgrund.

Die ungeheure Verwirrung, zu welcher die Lehre von der „Ausnahmen" geführt hat, ist umso verwunderlicher, als mehrere Schriftsteller den Sachverhalt richtig gewürdigt haben. Ja bei den Schriftstellern selbst, die nach Rechtsgründen der Straflosigkeit nur scheinbar pönalisierter Handlungen suchen, tritt die richtige Ansicht oft genug zu Tage. Es scheint in der That, dass die Widersprüche und Schwierigkeiten hauptsächlich durch eine verwirrende Terminologie entstanden sind. (Treffend z. B. Binding, Normen, I, S. 131, Note 7; H. Meyer, Lehrbuch, S. 262; Stooss, Schw. Z., X., S. 356, Heimberger, Medizin, S. 7, Linckelmann, Schadensersatzpflicht, S. 30).

Ja, von Anfang des XIX. Jahrhunderts an lassen sich durch die ganze Literatur Spuren der richtigen Auffassung verfolgen. Feuerbach bereits hatte erkannt, dass in den Fällen, wo man späterhin von „straflosen Verbrechen" sprach, eben ein Unrecht nicht gesetzt werde (Lehrb., 11. Aufl., S. 29): „Der Begriff eines Verbrechens ist ausgeschlossen, wenn die im Allgemeinen unter einem Strafgesetz begriffene Handlung ausnahmsweise entweder durch besondere Gesetze oder durch rechtsgiltige Dispensation erlaubt, oder in Folge der Ausübung einer Rechtspflicht begangen worden ist." (Vgl. dagegen S. 31: „Rechtsverletzung aus Nothwehr ist also kein Verbrechen.") Ihm folgend spricht Geib (Lehrbuch, Bd. II, S. 221) von „ächten Aufhebungsgründen des Begriffs des

Verbrechens", sagt aber doch bei Aufzählung der Fälle: „Nothstand: überall, wo der Handelnde auf was immer für eine Weise in eine Lage gekommen ist, wo ihm die Erhaltung seines Lebens nur durch Verübung eines Verbrechens möglich bleibt, ist dieses Verbrechen . . . straflos." Richtig anerkennt auch J. Fr. H. Abegg (Unters., S. 56 f.) die Nothwendigkeit, die „Regel" auf Kosten der s. g. Ausnahmen zu beschränken, und er scheidet thatsächlich aus der Regel die Tödtungshandlungen des Henkers und des kämpfenden Soldaten aus. Abegg bleibt jedoch auf halbem Wege stehen.

In völlig bewusster und klarer Weise tritt Jhering gegen die Regeln und Ausnahmen auf (Zweck, Bd. II, S. 582 über die „List" im Rechte): „Nicht also der äussere Thatbestand als solcher macht in den Augen des Rechts verwerflich, er gilt demselben als völlig indifferent, sondern der Zweck, dem sie dienen soll. Es verhält sich mit ihr nicht anders wie mit der Gewalt; verboten zum Zweck der Selbsthülfe, ist sie erlaubt zum Zweck der Selbstvertheidigung. So wenig wie wir nun in Bezug auf letztere die Regel aufstellen dürften: die Gewalt ist principiell erlaubt, ausnahmsweise verboten, ebensowenig in Bezug auf die Täuschung; beide sind principiell weder verboten, noch erlaubt, die richtige Formel für die Fassung der Regel, welche das Verhalten des Rechts zu ihnen wiedergeben soll, ist mithin nicht die einer eingliedrigen, durch eine Ausnahme beschränkten, sondern einer zweigliedrigen Regel, welche beide Glieder als völlig gleichwerthige sich gegenüberstellt"; und ebenda S. 586: „Es heisst, du sollst nicht tödten, — in der Nothwehr darf ich tödten, im Kriege muss ich es."

Auch Hertz (Unrecht S. 95) wendet sich ausdrücklich gegen die zu weite Fassung der Normen: „Die Verletzungsnormen verbieten uns nur, fremde Interessen im Umkreise der Fälle zu verletzen, in denen das Recht dieselben unversehrt wissen will"; und hiezu Note 78: „Sobald der Inhalt der Normen so gefasst wird, hat man nicht nöthig, mit Binding, Bd. I, S. 49 die Norm als eine Regel mit Ausnahme zu betrachten." Und mit Recht spricht Kessler (G. S. 1885, S. 565) von der „Trivialität: Was von Staatswegen ausdrücklich erlaubt ist, ist nicht von Staatswegen verboten."

Neuestens hat Kohlrausch (Irrtum, S. 61—65) in trefflichen Ausführungen den Begriff der Ausnahme einer eingehenden Erörterung unterzogen und gelangt folgerichtig zur Bekämpfung der herrschenden Ansicht (vgl. auch Bergbohm, Jurispr., Bd. I, S. 65). Sehr zutreffend sagt auch der Code pénal: „Il n'y a ni crime, ni délit . . ." und das Deutsche R.St.G.B.: „Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden . . ."

Trotz der gewichtigen Stimmen aber gehen die „Ausnahmen" durch die ganze Literatur hindurch, und die Verwirrung, die sie anstifteten, tritt gerade in der Lehre von der Rechtswidrigkeit zu Tage. Es ist unmöglich, die verschiedenen Eintheilungen der „Gründe", welche angeblich die „Schuld oder Strafe ausschliessen", die Handlungen „entschuldigen" und „rechtfertigen", die Strafansprüche, die gar nicht erwachsen sind, „tilgen", „aufheben" u. s. f., einzeln zu registrieren und zu bekämpfen. Werden sie doch beinahe von allen Schriftstellern verschieden benannt und verschieden systematisiert.

So wird z. B. der Nothwehr, abgesehen davon, dass sie von manchen Schriftstellern für ein „Recht" (Binding, Hdb., Bd. I, S. 732), von manchen für ein „Unrecht" (Geyer, Kl. Schriften, S. 312), von wenigen für rechtlich indifferent (Thon, Rechtsnorm, S. 18) gehalten wird, zur Seite gestellt: ein „Schuldausschliessungsgrund" (Birkmeyer, Enc. S. 1058 ff.), ein „Strafausschliessungsgrund" (Stirtz, Nothwehr, S. 15), „Schuld- und Strafausschliessungsgrund" (von Kallina, Notwehr, S. 2), ein „Rechtfertigungsgrund" (Lammasch, Grundriss, § 12), ein „Unrechtsausschliessungsgrund" (Beling, Grundzüge, S. 29), ein „wahrer Schuldausschliessungsgrund" (H. Meyer, Lehrb., S. 264 ff.), ein „Grund des Fortfalls der Strafrechtswidrigkeit" (Wach, Grundriss zu Vorlesungen über deutsches Strafrecht, § 38).

Der gewöhnlichen Eintheilung in Schuld- und Strafausschliessungsgründe treten besonders folgende abweichende Systematisierungen zur Seite:

Lammasch (Grundriss § 12) unterscheidet: Rechtfertigungs-, Entschuldigungs-, Schuld und Strafausschliessungsgründe; Frank (Strafgesetzbuch 1901) unterscheidet Strafausschliessungsgründe im engeren und weiteren Sinn. Die letzteren zerfallen in 3 Gruppen: a) objective Strafausschliessungsgründe, auch negative Thatbestandsmerkmale oder negative Thatumstände; b) Schuldausschliessungsgründe oder unechte Strafausschliessungsgründe; und c) persönliche oder individuelle, auch echte Strafausschliessungsgründe."

H. Meyer (Lehrbuch, S. 262, Note 1) klagt, dass das R.St.G.B. „auch die Schuldausschliessungsgründe als Strafausschliessungsgründe bezeichnet", während die R.St.P.O. die Strafausschliessungsgründe Strafaufhebungsgründe nennt. Olshausen fasst diese beiden Arten unter dem Namen der Schuldausschliessungsgründe zusammen, denen er die Strafaufhebungsgründe zur Seite stellt. H. Meyer dagegen bezeichnet als Schuldausschliessungsgründe, was Lammasch Rechtfertigungsgründe nennt.

Hiezu gesellen sich noch die Eintheilungen in Strafausschliessungs- und Straftilgungsgründe, in persönliche und allgemeine, allgemeine und specielle, subjective und objective, wahre und uneigentliche Schuld- und Strafausschliessungsgründe, die theils bloss zur Erklärung der Fälle der ausgeschlossenen Rechtswidrigkeit, theils zur Erklärung der diesen zur Seite gestellten Fälle der Straflosigkeit verwendet werden. Man zog in den Bereich der Ausschliessungsgründe sogar die Fälle der Straflosigkeit wegen „Unzurechnungsfähigkeit" (Birkmeyer), dann wegen Verjährung, Begnadigung, Exterritorialität, Exemtion u. s. f., kurz: man stellte völlig heterogene Dinge zusammen.

Scheidet man die nicht hieher gehörigen Fälle aus, so erhebt sich gegen alle genannten „Gründe", die nach der Meinung Derer, die mit ihnen operiren, „Rechtsgründe" sind, die Einwendung, dass sie überflüssig, ja unmöglich sind, da eine Norm in der That in all diesen Fällen nicht ergangen ist. Sie sind in Wahrheit normausschliessende Gründe, welche mit den Fällen der Verjährung, der Unverantwortlichkeit, der Nichtstellung des Antrages bei Antragsdelicten usf. durchaus nicht zusammengeworfen werden dürfen. Die Gründe, die etwa für die Straflosigkeit Unzurechnungsfähiger sprechen, liegen im Begriffe der Norm u. zw. im Nichtkönnen des Gesetzgebers, bei Nothwehr, Ausübung der Soldatenpflicht usf. — wenigstens häufig — im Nichtwollen des Gesetzgebers. Der Grund der Straflosigkeit des Monarchen dagegen, der Abgeordneten usf. liegt nicht im Begriffe der Norm beschlossen; von einem normausschliessenden Grund kann hier nicht die Rede sein, da die Norm ergeht. So wenig ferner das bürgerliche Recht beim Concubinate von Eheausschliessungsgründen und negativen Thatbestandsmerkmalen spricht, so wenig hat die Strafrechtstheorie Anlass, bei Nothwehr von einem Strafausschliessungsgrunde und dgl. zu sprechen.

Mit demselben Rechte, mit dem etwa Birkmeyer beim Unzurechnungsfähigen von „Schuldausschliessungsgründen" spricht, müsste man im Falle, dass blosse Vorbereitungshandlungen vorliegen, von „Ausschliessungsgründen" wegen mangelnden objectiven Thatbestandes sprechen.

Und ist eine Norm nicht ergangen, dann bedarf es auch weder eines nachträglich erlaubenden Rechtssatzes, noch einer Gegennorm, die durch Herstellung einer duplex negatio einen rechtsfreien Zustand schafft, noch einer Behebung der „objectiven", „an sich" gegebenen Rechtswidrigkeit. Es bedarf keiner rettenden Veranstaltungen um die „Ausnahmen" den Klauen der Norm zu entreissen. Die Aus-

nahmen liegen vielmehr, unbeachtet von der Norm, ausserhalb ihres Bereiches.

## § 23. II. Die Verwechslung von Recht und Dürfen.



Die ganz eigenartige Auffassung, die von rechtswidrigen „Rechten", von Rechten zu „Rechtsgüterverletzungen" spricht, beruht häufig darauf, dass man übersah, dass eine Handlung erlaubt sein könne, ohne dass auf ihre Vornahme ein subjectives Recht gegeben sei. Man nahm statt eines rechtsfreien Dürfens ein subjectives Recht an, indem man, die Relationsnatur des Rechtes nicht berücksichtigend, das subjective Recht als ein „Dürfen" fasste (oben § 11). Kurzerhand sagte man: die Handlung ist „erlaubt" — also (!) „Recht". Besonders deutlich sagt v. Buri, G.S. 30, S. 445: „Dass aber das Strafgesetz durch die Bewilligung der Straflosigkeit die Nothstandshandlungen nicht zu einem Rechte qualificire . . . . wird bestritten werden müssen . . . . Eine vom Gesetze eingeräumte Befugnis aber kann nichts als ein Recht sein." Und Löffler reproduciert die herrschende Ansicht ganz richtig, wenn er erklärt (Z. XXI, S. 538): „Wir werden belehrt, dass die Notwehr eine erlaubte Handlung ist; es besteht ein Recht zur Notwehr, nicht bloss Straflosigkeit derselben; darüber hat man sich geeinigt."

Man sollte nun glauben, dass das „Recht", das man „zur Nothwehr" hat, eben ein subjectives Recht sei; denn was sollte das Recht sein, das man hat, wenn es nicht ein subjectives Recht ist? Etwa ein Reflexrecht? — Man würde desungeachtet den Schriftstellern imputieren, was sie nicht sagen wollten, wenn man behauptete, sie nähmen ein subjectives Recht im stricten Sinne an. „Die Nothwehr ist ein Recht", soll, wie es scheint, nichts Anderes bedeuten, als: sie ist nicht rechtswidrig. Indem man aber, trotz dieses Zugeständnisses, dennoch Schuld- und Strafausschliessungsgründe annahm, erklärte man sie eben dadurch implicite für rechtswidrig. Denn ohne solche Annahme könnte ja die Frage: Wie ist die Straflosigkeit dieser Handlungen theoretisch zu rechtfertigen? ebensowenig aufgeworfen werden, wie bezüglich aller anderen unverbotenen und nicht rechtswidrigen Handlungen.

Man gieng aber noch weiter. Die Nothwehr wird im allgemeinen deshalb als Recht angesehen, weil „das Recht dem Unrecht nicht zu weichen braucht." Bei ihr stehe Recht dem Unrecht gegenüber. Anders beim Nothstande. Hier stehe nicht Recht dem Unrecht, sondern, wie man sagt, dem Recht gegenüber. Also ist die Nothstandshandlung wider ein Recht gerichtet, „an sich rechtswidrig".

Nachdem aber auf Vornahme der Handlung das „Nothrecht" gegeben ist, ergibt sich das Recht, eine Rechtswidrigkeit zu begehen.

Und während man bei der Nothwehr von Recht spricht, ohne sich um die nothwendige Correlation mit der Pflicht zu kümmern, so dass noch immer der Ausweg bleibt, dieses Recht doch wieder nicht als subjectives Recht zu bezeichnen, so liegt beim Nothstande nach herrschender Ansicht allerdings ein subjectives Recht vor; denn der Eigenthümer der Sache, auf die der Gefährdete einzuwirken das Recht hat, hat die Pflicht, die Einwirkung zu dulden. Und er hat die Pflicht, obwohl er das dingliche Recht hat. Damit ist aber der Cirkel geschlossen. Ein dingliches Recht gegenüber Jemandem kann, wie sich ergeben hat, in nichts anderem bestehen, als dass man ein Recht darauf hat, dass der Andere auf die Sache ohne den Willen des Berechtigten nicht einwirke. Dem Gefährdeten gegenüber hat aber der Eigenthümer nicht nur zu gleicher Zeit dieses Recht nicht, sondern sogar die Pflicht, die Einwirkung zu dulden. (So wenigstens nach herrschender Ansicht gemäss § 904 des deutschen B.G.B.)

Allerdings gebrauchen, wie betont, auch die Gesetze das Wort „Recht" oft genug im Sinne eines blossen Dürfens. Sie sprechen von einem „Recht der freien Meinungsäusserung", einem „Vereinsrecht", von „Rechten und Pflichten des Vormunds" usf. Gerade diese Gepflogenheit aber mahnt zur Vorsicht, in der Theorie nicht deswegen von einer subjectiven Berechtigung zu sprechen, weil das Gesetz von Rechten redet. Auch daraus, dass die Gesetze, wenn sie einen „rechtswidrigen Angriff" als Voraussetzung der Nothwehr aufstellen, damit nicht gerade einen zurechenbaren Angriff meinen, kann die de lege ferenda construierende Wissenschaft die Berechtigung nicht ableiten, eine „objective Rechtswidrigkeit" anzunehmen. Im Gegentheile hätte die Wissenschaft, wenn sie zur Erkenntnis gelangt, dass man von objectiver Rechtswidrigkeit nicht sprechen darf, dem Gesetzgeber eine richtige Terminologie vorzuschlagen.

Die Verwechslung von Dürfen und Recht, bezw. von „ohne Recht" und „rechtswidrig" enthält, logisch gesprochen, die Ueberschätzung der positiven Function der Negation. Anstatt, dass man sagt: Eine Handlung ist erlaubt, d. h. unverboten, rechtsfrei, wenn sie nicht rechtswidrig ist, sagt man: sie ist nicht rechtswidrig, also: — Recht. Diese Argumentation trifft jedoch nicht zu. „Handlungen, zu denen man kein subjectives Recht hat, sind deswegen noch nicht rechtswidrig, sondern können sehr füglich rechtlich indifferent sein." (Kessler, Einwilligung, S. 15.) Und „was nicht

verboten ist (also das Wollen-dürfen), ist darum noch kein „Recht." (Gareis, Encyklopädie, S. 6, Note 4.)

„Die Verneinung folgt den verschiedenen Formen des positiven Urtheils, und hat ihren Gegenstand an den verschiedenen Beziehungen zwischen Subject und Prädicat, welche den verschiedenen Sinn der Einheit beider ausmachen; sie ist darum vieldeutig, wo das Urtheil eine mehrfache Synthese enthält. Direct vermag sie nichts Seiendes auszudrücken, weder Eigenschaft, noch Thätigkeit noch Relation." Es geht daher nicht an, eine Handlung dadurch allein in eine bestimmte Rechtsrelation zu setzen, dass man constatiert: sie ist nicht verboten. Der Grundsatz exclusi tertii greift hier nicht Platz. Nicht „Recht" und „Rechtswidrigkeit" stehen einander gegenüber, sondern die drei Glieder: Recht, Rechtswidrigkeit und rechtliche Indifferenz. „Der Grundsatz des ausgeschlossenen Dritten erweckt nun leicht den Schein, als lasse sich auf die bequemste und wohlfeilste Weise zu fruchtbaren Disjunctionen gelangen. Allein es schiebt sich dann unvermerkt der blossen Negation der Gegensatz der Prädicate unter, und die negative Behauptung scheint mehr zu sagen, als sie wirklich sagt." (Sigwart, Logik, Bd. I, S. 161 f. 203; vgl. auch die treffende Polemik gegen Franks „negative Thatumstände" bei Kohlrausch, Irrtum, S. 59 ff.)

Dieser logische Fehler liegt jedesmal vor, wenn man, wie so häufig vorkommt, erklärt: der Angriff ist rechtswidrig, „weil ich ihn mir nicht gefallen zu lassen brauche." Gerade Frank, dessen Theorie der negativen Thatumstände diesen Fehler enthält, sagt (Strafgesetzbuch, S. 80): „Rechtswidrig sind Angriffe, die man sich nicht gefallen lassen muss." Daraus, dass man einen Angriff abwehren darf, kann richtigerweise niemals abgeleitet werden, dass er rechtswidrig ist. Er ist nur dann rechtswidrig, wenn der Angreifende die Pflicht hat, den Angriff zu unterlassen, denn nur dann hat der Angegriffene das Recht darauf, dass er nicht stattfinde. Eine Fliege, die sich auf Jemandes Nase setzt, handelt nicht rechtswidrig. Und doch braucht man sich dieses Gebahren nicht gefallen zu lassen.

Am auffälligsten tritt die Ueberschätzung der Negierung in dem Satze Merkels zu Tage: Damit ein „rechtswidriger Angriff" vorliege, „genügt, dass der Angriff ohne Recht erfolgt." (Lehrbuch, 163.) (Vgl. auch Cosack, Lehrbuch, I, S. 274 ff., v. Kallina, Notwehr S. 53, Schläger, Notwehr, S. 22, Löffler, Z. XXI, 564.) —

Ein weiterer Grund, der dazu verleitete, eine Handlung für rechtswidrig anzusehen, obwohl sie vom Rechte nicht verboten ist, ist die Vermengung von Recht und Moral.

## § 24. III. Die Vermengung von Recht und Moral.

§ 24. Die Vermengung von Recht und Moral

1. Die moralische Rechtswidrigkeit. Wenn nicht die Geschichte der Rechtswissenschaft den Beweis ablegen würde, dass man nur allzuhäufig übersah, das Recht von der Moral formell scharf zu scheiden — und diese Scheidung ist, so sehr die beiden Gebiete inhaltlich aufs engste verschmolzen sind, unbedingt erforderlich —, bereits die beiden Ausdrücke „Unrecht" und „Entschuldigung" rufen die Vermuthung wach, dass sich in die Lehre von den Normen und der Rechtswidrigkeit ungerufen moralische Vorstellungsweisen eingeschlichen haben. Gerade das Wort Unrecht ist ein in der vulgären Sprechweise beliebter und in den verschiedensten Bedeutungen wiederkehrender Ausdruck, den man „mit Unrecht" in die Rechtswissenschaft einführt, um ihn mit dem fachlichen Terminus Rechtswidrigkeit abwechselnd synonym zu gebrauchen. Wie unheilvoll solcher Gebrauch sein kann, beweist die Verwendung des Wortes bei Hertz (Unrecht, S. 56 ff.), der als Unrecht nur die Verletzung eines concreten Interesses bezeichnet und von da aus — indem er übersieht, dass das Verbrechen wesentlich abstracte Interessenverletzung ist — folgerichtig zum Schlusse gelangt, nicht jedes Verbrechen sei Unrecht. Es sollte also auch rechtlich irrelevante Verbrechen geben? Die gewöhnliche Sprache benützt den Ausdruck gerade dazu, um in ihn die verschiedenartigsten Vorstellungen zu legen. Was die Religion, die Moral, die Sitte, das Gefühl, die Vernunft verpönt, dass der Hagel die Fluren vernichte, dass es schädliche Thiere, Krankheiten, Armut gebe, kurz, wovon man wünscht, dass es nicht sei, oder dass es anders sei — all das ist „Unrecht." Gerade dieses Wort bringt prägnant zum Ausdruck, dass der gemeine Mann die rechtlichen von den moralischen und religiösen Vorstellungen zu sondern nicht fähig ist, dass das Rechtsgefühl, das Rechtsbewusstsein nur den Theil einer Summe von mit einander verschmolzenen Gefühls-, Willens- und Urtheilsdispositionen darstellt. Es besteht keinerlei Grund, dieses vieldeutige Wort in die wissenschaftliche Terminologie einzuführen, die in dem Ausdruck rechtswidrig über ein allen Schwankungen der Vulgärsprache fernstehendes Specificum verfügt.

Die Schriftsteller, die vor dem Gebrauch des Wortes warnten, fanden kein Gehör, sei es nun, dass sie überhaupt den Ausdruck für bedenklich erklärten, sei es, dass sie sich speciell gegen das „objective Unrecht" kehrten. So lehrte beispielsweise Hrehorowicz, Grundbegriffe, S. 74: „Ich halte nicht nur die Eintheilungen des Unrechts, sondern den Begriff des Unrechts selbst für voll-

kommen unergiebig und verwirrend"; Thon, Rechtsnorm, S. 76: das Wort Unrecht ist „zweideutig"; Höpfner, Einheit und Mehrheit, Bd. I, S. 110, Note 3: „Der gemeine Sprachgebrauch nennt auch das Unsittliche Unrecht, indem ihm die Vorstellung eines moralischen Rechtes zu Grunde liegt". — Neuner, Privatrechtsverhältnisse, S. 175/176: „Nur in höchst uneigentlichem Sinne spricht man auch von einem bloss objectiven Unrecht", und S. 207: „Unrecht bezeichnet .... immer nur die subjectiv verschuldete, nicht auch die unverschuldete Störung; in letzterem Falle von einem wenigstens objectiven Unrechte zu sprechen, erscheint als eine unzulässige Anwendung des Ausdruckes Unrecht"; Janka, Lehrb., S. 41: „Unrecht ist vorschriftswidriges und darum rechtswidriges Verhalten, ein solches aber ist nicht denkbar ohne ein zurechenbares Verschulden. Hiermit ist das objective Unrecht gefallen".

Gerade in der Behauptung, dass gewisse Handlungen „an sich rechtswidrig" seien, liegt oft die Uebertragung der moralischen Vorstellungsweise in das Rechtsgebiet: es sei etwas „eigentlich unrecht", man könne aber die Handlung dem Handelnden doch nicht zur „Schuld" zurechnen, da Gründe vorliegen, die die Handlung, wenn auch nicht gerade „gerechtfertigt", so doch „entschuldbar" erscheinen lassen: so die Tödtung eines Menschen in Nothwehr und Nothstand, die Ausübung der Soldatenpflicht, des Henkeramtes u. s. f. (Dass es durchaus unzulässig ist, sich bei Verwendung des Wortes Unrecht in der Bedeutung: „schuldloses, objectives Unrecht" auf den Sprachgebrauch zu berufen, wurde bereits oben S. 142 dargelegt).

Die Parallele mit der Moral drängt sich um so mehr auf, als man erwägt, dass die heteronome Moral — und nur sie darf, wie festgestellt, dem Rechte coordiniert werden — die Handlung „an sich", d. h. ohne Rücksicht auf die Beschaffenheit des Handelnden und auf die Lage, in der er sich befand, beurtheilt, und dass die autonome Moral mit dem Augenblicke ins Leben trat, als man die Werturtheile im Hinblick auf die besondere Sachlage zu hart, ungerecht fand, so dass man zwar die Handlung nicht gerade als „erlaubt", sondern immer noch als „eigentlich unrecht" ansah, aber doch mit Rücksicht auf die besonderen Umstände „entschuldigte". Das nachsichtige Urtheil basierte auf dem Gedanken, dass man den Thäter nicht verurtheilen könne, da die Situation, in der er sich befangen sah, eine solche sei, in der auch der Urtheilende aller Voraussicht nach nicht anders handeln würde. Erst eine anticipierte Entschuldigung seiner selbst konnte die zermalmende Wirkung

der starren heteronomen Moral lindern; aber auch nur lindern, nicht zunichte machen. Denn allzutief war der ererbte Glaube eingewurzelt, die betreffende Handlung sei bedingungslos verboten, als dass man sie nicht noch fernerhin für „eigentlich unrecht" erachtet hätte. Und dieses Urtheil waltete auch im Handelnden selbst nach der That. War er auch überzeugt, er habe nicht anders handeln können, und er müsse in gleicher Lage wieder Gleiches thun, so sagte ihm sein Gewissen trotz alledem, er sei eigentlich doch schuldig, er habe nicht recht gehandelt. Dem Thäter diese Last zu erleichtern, von ihm das Schuldgefühl, die Schuld, zu nehmen und dabei der Meinung Ausdruck zu geben, man würde voraussichtlich selbst nicht anders handeln, enthielten sich die Mitmenschen des tadelnden Urtheils und der Strafe: sie „entschuldigten" den Thäter und die That.

Kennt die heteronome Moral Situationen nicht, ergehen ihre Imperative bedingungslos, so ist gerade umgekehrt das Recht begrifflich Situationenrecht, die Norm ein bedingter Imperativ. Die Begriffe „Unrecht an sich" und „Entschuldigung" sind specifisch-moralische Begriffe, denen ein Platz im Bereiche des Rechtes nicht zukommt. Sobald eine Handlung vom Rechte nicht verboten ist, hat sie, wie festgestellt, als rechtlich erlaubt zu gelten, und bedarf keinerlei Entschuldigung. Sobald eine Handlung vom Rechte verboten ist, hat die Rechtsfolge — die scheinbar entgegenstehenden Fälle wurden bereits gewürdigt — principiell einzutreten. Sofern die Begnadigungsbefugnis des Staatsoberhauptes moralischen Gehalt hat, dient sie lediglich dazu, die Urtheile des Rechtes den überlieferten Werturtheilen anzupassen. Die Ausnahmen, die man von den Normen in dem Sinne statuiert hat, dass die an sich rechtswidrige Handlung „entschuldigt" werde, sind nichts, als ein Reflex aus dem Gebiete der autonomen Moral. Und wie auf dem Gebiete der Moral die Zulassung auch nur einer einzigen Ausnahme consequent zur Vernichtung der ganzen Moral führen muss, widerstrebt es dem Rechte, das niemals der autonomen Moral zur Seite gestellt werden darf, Normen anzunehmen, die in dem Bereiche ihrer Geltung nicht principiell zur Durchsetzung gelangen.

Es soll damit keineswegs geleugnet werden, dass das Recht, welches ja nur der in den Normen verkörperte Gemeinwille ist, auch moralische Bestandtheile enthält, und es kann nicht falsch sein, die einzelnen menschlichen Handlungen vom Standpunkte derjenigen moralischen Auffassung zu beurtheilen, die, als in der Rechtsüberzeugung enthalten, in den in der positiven Rechtsordnung zum Ausdruck gelangten Rechtsgedanken eingeschlossen liegt. Allein es ist für die wissenschaftliche Behandlung der überaus com-

plicierten Materie unerlässlich, Inhalt und Form strenge zu scheiden. Die moralischen Qualitäten des Rechtes kommen im Inhalte der Gesetze zum Ausdrucke. Das Recht enthält Moral nur insoferne, als der Gesetzgeber bei der Frage, welche Handlungen er verbieten, und welche Strafen er androhen solle, darauf achtet, dass er nicht Rechtsnormen aufstellt, die mit den Forderungen der herrschenden Sittlichkeit in Widerspruch stehen, dass er nicht Handlungen unbestraft lässt, die nach der geltenden Ueberzeugung einer Rechtsreaction bedürfen, und endlich nicht Strafen statuiert, die allgemein als ungerecht erscheinen. Die Form des Rechtes bleibt, soferne man von jeder positiven Rechtsgestaltung abstrahiert, von solchen inhaltlichen Bestimmungen unberührt.

Die Prädicierung einer Handlung als rechtswidrig mag in der Regel auch, angesichts des die geltenden Urtheile zumeist berücksichtigenden Inhaltes der Normen, zugleich eine moralische Beurtheilung enthalten. Aber diese moralische Beurtheilung läuft neben der rechtlichen einher und ist mit ihr keineswegs identisch, so wenig Recht und Moral identisch sind. Nachdem Inhalt und Form scharf zu sondern sind, enthält die Bezeichnung einer Handlung als rechtswidrig ausschliesslich den Hinweis darauf, dass die Handlung einer Rechtsnorm widerstreitet, unbekümmert um den Inhalt der Vorschrift. Wer dieser Scheidung widerstrebte, geriethe in die grösste Verlegenheit, wenn er eine Handlung characterisieren müsste, die gegen einen einzelnen Rechtssatz verstösst, der gerade den geltenden Urtheilen widerstreitet, aber dennoch gilt und vermöge der Autorität des ganzen Rechtes als „Recht" gilt. Rechtswidrig könnte die Handlung nicht sein, da sie nicht zugleich moralwidrig ist. Sie könnte aber doch auch nicht nicht-rechtswidrig sein, da sie gegen eine als Recht geltende Norm verstösst. Vollends wäre es, da das Recht auch zahlreiche formelle Vorschriften enthält, die eines moralischen Gehaltes völlig entbehren, wie etwa viele Polizei- und der Organisation dienende Vorschriften, ausgeschlossen, diese Normen als Rechtsnormen, das Zuwiderhandeln als „rechtswidrig" zu bezeichnen, wenn man Moral und Recht nicht sonderte.

Endlich ist die allgemeine Ueberzeugung selbst, wie bereits betont, zumal in einer grossen Rechtsgemeinschaft nichts derart Einheitliches, dass in der Bezeichnung einer Handlung als rechtswidrig ein Pathos läge, das widerspruchslos bei allen Rechtsunterworfenen wiederkehrte.

Ueberdies soll die Hervorhebung der Form den Inhalt durchaus nicht übersehen lassen. Der Inhalt wird nur, weil es in der

That unmöglich ist, beiden Seiten des Rechtes zu gleicher Zeit gerecht zu werden, zeitlich später behandelt. Die Form ist deshalb früher in Anschlag zu bringen, weil die Untersuchung der formellen Seite die scharfen Conturen liefert, die feststehen müssen, bevor die subjective Färbung, die die Begriffe in ihrer individuellen Verkörperung in einer Rechtsordnung erhalten, aufgetragen, und hiemit das Gemälde zum adäquaten Abbild der Wirklichkeit vervollständigt werden kann.

Wenn also die Methode angefochten wird, welche die moralische Vorstellungsweise theoretisch-formaler Construction dienstbar macht, so wird damit keineswegs getadelt, dass die Moral in der Jurisprudenz überhaupt zur Sprache gebracht wird. Es soll lediglich gesagt werden, dass „rechtswidrig" und „moralwidrig" nicht schlechthin identisch sind, und dass eine Handlung, die der Moral zuwiderläuft, ohne einer Rechtsnorm zu widerstreiten, nicht rechtswidrig ist. Die Urtheile: eine Handlung sei „moralwidrig", und: eine Handlung sei „rechtswidrig", sind in der laienhaften Vorstellung des Volkes mit einander verschmolzen, wissenschaftliche Präcision hat sie auseinanderzuhalten. Vom Standpunkte des Inhaltes der geltenden Gesetze sind sie oft zusammengegeben. Die Construction in abstracto sieht jedoch vom Inhalte ab, weil sie von einer bestimmten Rechtsordnung und daher von moralischen Vorstellungen abstrahiert.

Ob man den moralischen Gehalt, der einem Rechtsinstitut auf einer bestimmten Entwicklungsstufe nach der geltenden Auffassung zukommt, in den Begriff des Institutes selbst einzubringen hat oder nicht, hängt davon ab, wie weit man den Rechtsbegriff fassen will. Wer etwa die Strafe wesentlich als Vergeltung erfasst, der engt damit den Begriff ein, indem der Begriff dann nur für diejenigen positiven Rechtsordnungen zutrifft, in denen die Strafe als Vergeltung gedacht wird; der zerreisst aber nicht nur die Einheitlichkeit aller Rechtsfolgen, sondern muss aus dem Begriffe der Strafrechtsfolgen eine grosse Anzahl, wie Muthwillens-, Ordnungs-, Disciplinar- und die meisten Polizeistrafen ausscheiden, deren Begriffsbestimmung dadurch aber unmöglich wird; nach dieser Auffassung, die es verwehrt, einen höheren Gattungsbegriff aufzustellen, unter den alle Rechtsfolgen subsumiert werden können, könnte aber auch von einer Strafe begrifflich nicht gesprochen werden, wenn sie die Gestraften nicht wenigstens regelmässig als Vergeltung empfinden. Ein überzeugungstreuer und folgerichtig denkender Determinist etwa kann eine Strafe als Vergeltung nicht empfinden, da man von einer Vergeltung vernünftigerweise nur sprechen kann, wenn der

Thäter in der Situation, in der er sich befand, anders handeln konnte; denn die Vergeltung schliesst — wenn das Wort nicht, wie es häufig geschieht, in einem völlig sprachwidrigen Sinn verwendet wird — nothwendig einen Tadel ein. (Vom Lohne soll hier abgesehen werden). Und doch kann es einem Zweifel nicht unterliegen, dass Verbrechen selbst dann gestraft werden müssten, wenn alle Rechtsunterworfenen der Ansicht wären, dass der Wille unfrei ist. Eine solche Strafe wäre aber, trotzdem der Grund und der Zweck der Erlassung der Norm, die Function des Institutes, wie auch der äussere Vorgang völlig gleich blieben, nach der Vergeltungsthese nicht mehr „Strafe", und zwar lediglich deshalb nicht, weil sie nicht mehr als moralischer Tadel und Vergeltung empfunden würde. Solange aber ein Rechtsinstitut nicht in der Weise wissenschaftlich erfasst werden kann, dass man sich darauf beschränkt, anzugeben, welche Empfindungen es in der Mehrzahl der Fälle, wo es in Erscheinung tritt, auslöst — wie man etwa auch ein Musikinstrument und die Technik des Spieles nicht erklärt, wenn man ausschliesslich den Gehörvorgang schildert, den das Spiel im Zuhörer wachruft —, solange wird die Vergeltungsthese nicht darauf Anspruch erheben können, das Institut der Strafe erschöpfend zu erklären. Fasst man dagegen den Begriff in der Weise, dass man vom Rechtsbegriff, unabhängig von einer bestehenden Rechtsordnung, ausgeht, wonach die Strafe lediglich den Vollzug der Drohung darstellt, der unerlässlich ist, damit die Drohung als solche aufrechtbleibt, und die Interessen geschützt werden, ist es immer noch möglich, zu sagen, dass in den jetzt geltenden Rechtsordnungen die Strafe als gerechte Vergeltung empfunden wird. Will man das Merkmal der Vergeltung in den Begriff der Strafe aufnehmen, so mag man es thun. Beliebt die Aufnahme, dann ist der Begriff eben eingeschränkt. Niemals aber kann das Merkmal den alleinigen Begriffsinhalt, das einzige den Begriff Strafe constituierende Merkmal bilden; es bezeichnet, wenn man es aufnimmt, lediglich die subjective Färbung, den eigenartigen moralischen Gehalt, der in das Rechtsinstitut auf einer bestimmten Culturstufe hineingelegt wird.

Denkt man dieses subjective Moment hinweg, so hat man damit nicht den ganzen Begriff hinweggedacht. Auch bleibt keineswegs eine völlig leere Form übrig; denn das Recht selbst, und mit ihm jeder einzelne Rechtsbegriff, enthält das inhaltliche Moment, dass es den Gemeinwillen verkörpert und die Interessen schützt. Und trotzdem der Begriff mit diesen Merkmalen eine enge Begrenzung erfährt, bleibt die Bestimmung: Vollzug der Drohung doch weit genug, um immer wieder auf das Rechtsinstitut der Strafe zuzutreffen,

mögen die einzelnen Culturphasen in ihrem räumlichen Nebeneinander und in ihrer Aufeinanderfolge noch so verschiedene Gefühlstöne dareinlegen. Solange das Recht überhaupt mit Lohn und Strafe operiert, d. h. solange das Recht einen physischen Zwangsapparat mit sich führt, also — nach der diesen Ausführungen zugrunde liegenden Methode — solange Recht überhaupt existiert, wird die Strafe stets, unbekümmert um allen Wechsel in der Erscheinungswelt, formell: Vollzug der Drohung sein. Um ein Rechtsinstitut in abstracto zu erfassen, bedarf es seiner Bestimmung aus dem Rechtsbegriff allein. Um ein Rechtsinstitut als Bestandtheil einer positiven Rechtsordnung, in einer eigenartigen concreten Verkörperung zu erfassen, bedarf es der Darstellung seines jeweiligen gerade dieser Culturstufe eigenthümlichen Gehaltes.

Die specielle Färbung, die ein Rechtsinstitut in einer bestimmten Rechtsordnung in sich aufnimmt, braucht nicht nur eine subjective in dem Sinne zu sein, dass man die Gefühlsreaction ins Auge fasst, die es bei den Rechtsunterworfenen auslöst. Es tritt neben den besonderen moralischen Gehalt — der ja auch keineswegs allen Rechtsinstituten, sondern nur denjenigen beigelegt wird, die vermöge ihrer Gestaltung und ihres Inhaltes solche Beurtheilung überhaupt zulassen — noch diejenige Gestalt, die der Gesetzgeber als solcher dem Rechtsinstitute beilegt, sei es, dass er sich gerade bestrebt, das Rechtsinstitut den umlaufenden Werturtheilen anzupassen, sei es, dass er — von rein practischen Rücksichten geleitet — in das Rechtsinstitut Zwecke hineinlegt, die dem Institute an sich fremd sind, die es jedoch aufnehmen kann, ohne an seinem inneren, begrifflichen Gehalte Schaden zu nehmen. So hat man gegenüber manchen radicalen Bestrebungen der Criminalpolitiker mit Recht darauf verwiesen, dass die Verfolgung des Zweckes der Besserung den Character der Strafe als eines Uebels nicht antasten dürfe. Dass die modernen Criminalpolitiker vielfach schwanken, ob die Strafe ein Uebel sein solle, und darüber im Zweifel sind, wie etwa die Strafe gegen die Unschädlichmachung, gegen corrective und pädagogische Behandlung abzugrenzen sei, ist lediglich die Folge davon, dass man sich innerhalb der lex lata bewegte und den durch Abstrahieren von allen positiven Gestaltungen des Rechts allein aufzufindenden formalen Begriff nicht kannte. Die Strafe wesentlich nur als „Sicherung" oder „Besserung" u. s. f. bezeichnen, heisst denselben Fehler begehen, als sie wesentlich nur Vergeltung benennen. Gerade der Kern des Begriffes wird in beiden Arten von Bestimmungen vernachlässigt. Wird das wesentliche Merkmal hereingezogen, so schwindet auch der scheinbare

Gegensatz von Vergeltung und Zweckmässigkeit; und dann ist es auch nicht mehr nothwendig, diese beiden durchaus verschiedenen Momente mit einander zu identificieren. Sie bleiben vielmehr beide für sich bestehen und treten nebeneinander und miteinander versöhnt als variable Factoren dem constanten Factor: Vollzug der Drohung, zur Seite.

Wenn also eine Handlung für rechtswidrig erklärt wird, so bedeutet dies nichts, als: sie widerstreitet einer Rechtsnorm. Und in Bezug auf den Verpflichteten betrachtet, besagt das Urtheil nichts, als: die Handlung ist pflichtwidrig, und zwar: rechtspflichtwidrig. Und da eine Pflicht nur tauglichen Befehlsempfängern und auch diesen nur dann auferlegt werden kann, wenn eine Sachlage gegeben ist, in der der Gesetzgeber die Norm vernünftigerweise erlassen konnte und erlassen wollte, gibt es kein Zuwiderhandeln gegen eine Norm, das — abgesehen von den S. 290 gewürdigten Fällen — die angedrohte Rechtsfolge nicht nach sich zöge: Eine nachträgliche „Entschuldigung" ist dem Rechte principiell fremd.

Es ist aber auch in den Fällen, wo die Vorstellung, als ergiengen die Normen ununterbrochen und ohne Würdigung der Situation, eine übermässige Ausdehnung des Kreises der Normen und damit des Kreises der rechtswidrigen Handlungen im Gefolge hatte, die objective Rechtswidrigkeit, die sich daraus ergab, insoferne eine Art moralischer Rechtswidrigkeit, als die Vorstellung von dem ununterbrochenen und bedingungslosen Ergehen der Normen aus der Vorstellungsart der heteronomen Moral abzuleiten ist. Der Zusammenhang erklärt sich aus der innigen Verschmelzung des Rechtsbewusstseins mit den moralischen Dispositionen in der Psyche des Menschen. —

In gewissem Zusammenhang mit der moralischen Rechtswidrigkeit steht eine Anzahl von Arten der „objectiven Rechtswidrigkeit", die hier kurz als „transscendente Rechtswidrigkeit" bezeichnet werden sollen. „Transscendent rechtswidrig" sind diejenigen Handlungen, die man deshalb als „an sich unrecht" erklärte, weil sie, wenn auch nicht gerade gegen die positive, so doch gegen eine höhere Rechtsordnung gerichtet gedacht werden, gegen das Naturrecht: jenes erst sich verwirklichen sollende Recht, das man entweder aus dem Staatsvertrage ableitete, oder das man aus allgemeinen, speculativ gewonnenen, Principien deducierte. Die transscendente Rechtswidrigkeit ähnelt der moralischen insoferne, als die Normen, die man aufstellte, in letzter Linie das Product moralischer Autonomie sind, also eine Vernunftmoral darstellen — nur mit der Modification, dass der Denkende

für die Normen nicht nur subjective Geltung, sondern Allgemeingiltigkeit in Anspruch nahm.

### 2. Die transscendente Rechtswidrigkeit.

Die Vertreter der objectiven Rechtswidrigkeit in diesem Sinne — es sollen hier nur die wichtigsten angeführt werden — lassen in ihren Lehren immer wieder den moralischen Standpunkt durchblicken. Sie alle bringen ja Recht und Moral in einen formellen Connex.

a) Nach Hugo Grotius (de iure belli et pacis, lib. 1, cap. 2, § VI) gibt die summa necessitas ein Recht, andere Menschen an ihrem Eigenthum zu verletzen: „reviviscere ius illud pristinum rebus utendi tanquam si communes remansissent." Dennoch verstösst die Verletzung im Grunde gegen das Recht und gegen die strenge Moral; nur „ab aequitate naturali" wird abgeleitet, dass „in tali necessitate si quis quod ad vitam suam necessarium est sumat aliunde eum furtum non committere", der Nothstand bildet bloss eine Ausnahme, „videtur excepta". Der Gedanke, dass sich die Bürger für den Fall des Nothstandes nicht verpflichten, Verletzungen zu unterlassen, ist im Grunde derselbe, wie der, dass positiv-rechtliche Normen nicht ergehen; aber das „Recht", den Mitmenschen zu schädigen, ist nach Grotius doch wieder nur aus der Billigkeit abgeleitet, nicht etwa strictes subjectives Recht, fusst also auf der Basis der moralischen Autonomie.

b) Schärfer tritt die objective Rechtswidrigkeit bei Kant zutage, der in der Rechtslehre S. 39 den Gegensatz von „inculpabile" und „inpunibile" formuliert. Auch Kant hält am Staatsvertrage fest; aber er entwickelt die Rechtslehre zugleich aus einem allgemeinen Princip, das der speculativen Betrachtung, der, die Moral und das Recht in sich fassenden, „Ethik i. w. S." entspringt.

Das „Jus necessitatis" ist ihm nur ein „vermeintes Recht", nicht, wie die Nothwehr, wirkliches Recht. Auch den im Nothstand Befindlichen trifft die transscendente Norm, der kategorische Imperativ (S. 181), nicht aber die positive Norm. Denn der Gesetzgeber kann in dem Falle, dass Jemand in seinem Leben gefährdet ist, Strafe nicht androhen: „Denn die Bedrohung mit einem Uebel, das noch ungewiss ist (dem Tod durch richterlichen Ausspruch), kann die Furcht vor dem Uebel, was gewiss ist, (nämlich dem Ersaufen), nicht überwiegen" (S. 39). Der im Nothstand Tödtende verletzt also zwar nicht das positive Gesetz, wohl aber das auf „Vernunft" beruhende Recht. Empirisch, positiv ist die Handlung „Recht", sie ist aber, an sich „unrecht". „Eine bloss

empirische Rechtslehre ist (wie der hölzerne Kopf in Phädrus' Fabel) ein Kopf, der schön sein mag, nur Schade! dass er kein Gehirn hat" (S. 38).

Weitere Beispiele geben Kant's Auffassung des Duells (Rechtslehre, S. 187): Es ist eigentlich Mord, aber der Staat kann es doch nicht mit dem Tode bestrafen, weil der „Kriegsmann durch die öffentliche Meinung der Mitgenossen seines Standes genöthigt" ist. „Die Auflösung dieses Knotens ist: dass der kategorische Imperativ der Strafgerechtigkeit . . . bleibt, die Gesetzgebung selber aber . . . so lange noch als barbarisch und ungebildet, daran Schuld ist, dass die Triebfedern der Ehre im Volke (subjektiv) nicht mit den Maassregeln zusammentreffen wollen, die (objektiv) ihrer Absicht gemäss sind, so dass die öffentliche vom Staat ausgehende Gerechtigkeit, in Anschauung der aus dem Volk, eine Ungerechtigkeit wird"; — ferner die Lehre, dass das Kriegführen zweier Staaten miteinander, „obzwar dadurch keinem von dem andern unrecht geschieht, doch an sich selbst im höchsten Grade unrecht ist." Es verstösst gegen die allgemeine Maxime: „Handle äusserlich so, dass der freie Gebrauch deiner Willkür mit der Freiheit von Jedermann nach einem allgemeinen Gesetze zusammenbestehen könne" (Tugendlehre, S. 196, 33). Dass Kant übrigens auch eine gegen das positive Recht gerichtete objective Rechtswidrigkeit kennt, zeigt seine Auffassung über die mildere Behandlung des Kindesmordes, wonach dem unehelichen Kind selbst die Eigenschaft der Rechtswidrigkeit beigelegt wird (siehe oben § 18).

c) Zu schärfstem Ausdruck gelangt die moralische Färbung der Rechtswidrigkeit bei Schopenhauer (Welt, I, 4. Buch, § 62). Ihm ist die reine Rechtslehre nur ein „Kapitel der Moral". „Der Begriff des Unrechts und seiner Negation des Rechts, der ursprünglich moralisch ist, wird juridisch, durch die Verlegung des Ausgangspunktes von der aktiven auf die passive Seite, also durch Umwendung." Die Moral will das Unrechtthun der Menschen beheben, das Recht dagegen das Unrechtleiden, und das Unrechtthun wird vom Rechte nur deshalb und nur insoweit verpönt, als dadurch Andere ein Unrecht erleiden. Unrecht nun ist „Einbruch in die Gränze fremder Willensbejahung", d. h. „Verneinung des in einem fremden Leibe erscheinenden Willens". „Sobald eine Handlung nicht, auf die oben auseinandergesetzte Weise, in die Sphäre der fremden Willensbejahung, diese verneinend, eingreift, ist sie nicht Unrecht." Die Nutzanwendung auf den Begriff der Rechtswidrigkeit — allerdings nur für den Fall der Nothwehr — ergibt sich nun einfach: „Der Begriff des Rechts, der Negation des Un-

rechts, hat aber seine hauptsächliche Anwendung . . . . . gefunden in den Fällen, wo versuchtes Unrecht durch Gewalt abgewehrt wird, welche Abwehrung nicht selbst wieder Unrecht sein kann, folglich Recht ist; obgleich die dabei ausgeübte Gewaltthätigkeit, bloss an sich und abgerissen betrachtet, Unrecht wäre, und hier nur durch ihr Motiv gerechtfertigt, d. h. zum Rechte wird", weil eben nicht fremde Willensbejahung verneint wird, sondern in der Abwehr nur die „Verneinung jener Verneinung" liegt, die der Angriff enthält. Dass dieses „gerechtfertigte" und — mittelst Ueberschätzung der positiven Function der Negation — zum „Rechte" gestempelte „Unrecht an sich" nichts, als moralisches Unrecht ist, beweist die gegen Kant's Begründung des Eigenthumsrechtes gerichtete Stelle, die den Passus enthält: „Und wie sollte doch derjenige an sich, d. h. moralisch Unrecht handeln . . . ?"

Schopenhauer stellt also dem moralischen Unrecht das rechtliche Unrecht gegenüber und findet das rechtliche nicht schlechthin gegeben, wo das moralische Unrecht vorliegt. Moralisches Unrecht kennt nur die reine Rechtslehre; was „juristisches Unrecht" ist, ist aus dem „positiven Gesetze", dem „Staatsvertrage" zu ersehen. Das Gebiet der „reinen Rechtslehre" tritt dem „positiven Rechte" gegenüber, wie die intelligible Welt, die Welt „an sich", der Welt der Erscheinungen, wie der jenseitige Indeterminismus dem die empirische Welt ausnahmslos beherrschenden Causalitätsgesetz. Dieser Dualismus der Schopenhauer'schen Philosophie tritt auf dem Gebiete des Strafrechts, wie betont, darin zu Tage, dass die Strafrechtstheorie doppelt construiert wird. Die metaphysische Rechtfertigung der Strafe soll die Theorie der Zurechnung zum intelligiblen Character geben, die positivistische dagegen liegt in der Theorie des psychologischen Zwanges — eine Unterscheidung, die Wahlberg, Binding u. A. ignorieren. Mit diesem Beiseiteschieben geht die Trennung von Moral und Recht, die Schopenhauer durchführte, wieder verloren. Es scheint, als ob Wahlberg und Binding, letzterer sogar im Gegensatz zu seiner einstigen Auffassung, auf diesem Wege zur Anerkennung des objectiven Unrechtes gelangten (vgl. oben § 7). Allerdings waren dabei auch noch andere Erwägungen bestimmend.

Wer, wie Feuerbach, die Metaphysik sowohl, als die Moral aus dem Rechtsgebiete verweist (Revision, S. 146: „Das obere Begehrungsvermögen ist der reine Wille, die reine practische Vernunft selbst." „Mit ihm haben wir in dieser ganzen Untersuchung nichts zu thun, von ihm kann überhaupt in der Rechtswissenschaft, am

wenigsten in dem Criminalrechte geredet werden"), kann zum Begriff einer moralischen Rechtswidrigkeit nicht gelangen.

d) Herbart construiert das ausserhalb des positiven Rechtes liegende Naturrecht unabhängig vom Staatsvertrage, den er verwirft: „In der wirklichen Welt ist überall, wo Menschen dicht beisammen leben, ein Gedränge von entgegengesetzten Interessen mitten im Verkehr . . . . Der Staat ist in diesem Gedränge entstanden und fortgebildet, ehe man ihn genau planmässig einrichten konnte; er muss grossentheils als ein Naturgewächs beschrieben werden" (Naturrecht, S. 105). Das allgemeine Princip des Rechtes ist ihm ein ästhetisch gefärbtes moralisches Princip (l. c., S. 89 im Anschluss an Grotius): „Das Missfallen am Kriege, oder überhaupt am Streite . . ist das Princip des Rechtes" (vergl. auch Prakt. Phil., S. 50). Der Streit missfällt unbedingt (objectiv), wenn auch die streitenden Personen (subjectiv) gefallen (l. c., S. 48 f.). Die Nothwehr ist nicht rechtswidrig, da sie einen Streit abwehrt, der in Nothstand Befindliche dagegen hat (und hier polemisiert Herbart gegen Grotius) kein „Recht"; nur die „Idee der Billigkeit" liegt seiner Straflosigkeit zu Grunde; denn er entfacht den Streit, da er ein „Recht" antastet. Es ist nicht leicht, den Differenzpunkt zwischen den beiden Philosophen festzustellen; denn auch Grotius führt die Nothstandsbefugnis auf die Billigkeit zurück. Nach Grotius aber ist die Nothstandshandlung nicht wider das positive Recht gerichtet, wohl aber nach Herbart. Bei beiden aber verstösst sie gegen das höhere Recht: nach Grotius gegen das Moralrecht, nach Herbart gegen das moralisch-ästhetische Rechtsprincip. Gerade darin aber, dass Herbart übersah, dass sich im Grunde auch die Nothwehr und die staatliche Strafe gegen das allgemeine Princip richten, das er aufstellt, liegt die Unzulänglichkeit seiner Begründung des Strafrechtes.

e) Geyer (Rechtsphilosophie) lässt Herbart's „Idee des Rechts" zwar bestehen, ändert aber die „Idee der Billigkeit" in die „Idee der Vergeltung" um (S. 122). Und obwohl er sich scharf gegen die „Vermischung" von Moral und Recht wendet (S. 123), so gelangt er doch, eben durch das Festhalten an der „Idee des Rechts", zu einer moralischen Rechtswidrigkeit. Und zwar verstösst nach ihm nicht nur die Nothstandshandlung, sondern auch die Nothwehr gegen das Recht. Im Widerspruch zu der damals herrschenden Lehre, die die Nothwehr schlechthin, den Nothstand in engster Beschränkung als ein „Recht" auffasste, lehrte er: „Jeder Versuch, ein Nothrecht zu construiren, muss misslingen, weil es kein Recht Unrecht zu thun geben kann" (Kl. Schriften, S. 312). Die Lehre, mit der er aber selbst über Schopenhauer hinausgieng, die allseits

auf heftigen Widerspruch stiess, war: „die Nothwehr findet ihre Stellung im Strafrechtssystem unter den allgemeinen Gründen der Ausschliessung der Strafbarkeit einer an sich rechtsverletzenden Handlung“ (Nothwehr, S. 15, Grundriss, 1. Hälfte, S. 80). Ueber diese Lehre gieng man bald zur Tagesordnung über. Die heute herrschende Ansicht betrachtet die Nothwehr schlechthin als eine Handlung, auf deren Vornahme ein „Recht“ gegeben ist. Freilich, der „Ausschliessungsgrund“ ist vielfach geblieben. Er ist aber weniger der Vorstellung entsprungen, die Handlung sei moralisch unrecht, sondern der objectivierenden Vorstellung: die Nothwehr sei „Rechtsgüterverletzung“.

Den heftigsten Widerspruch erfuhr Geyers Lehre durch Seeger (Abh. S. 440) und Wahlberg (Ges. Kl. Schriften, Bd. III, S. 77). Seeger meint: „Alles was im Bisherigen aus deutschem, römischem und kanonischem Rechte, aus Wissenschaft und Gerichtsgebrauch nachgewiesen worden ist, führt unwidersprechlich zu dem Satze, dass die Selbstvertheidigung, insbesondere die Nothwehr, ein Recht des Angegriffenen, dass ihre Anerkennung ein wahrer Rechtssatz, objectives Recht ist. Dies ist auch (ausser von Zöpfl) bisher allgemein anerkannt worden, und erst jetzt . . . erscheint ein Versuch, das Recht der Nothwehr gänzlich zu leugnen.“ Seeger verwechselt hier offenbar „Recht“ und „rechtsfreies Dürfen.“ Auch die blosse Erlaubnis der Nothwehr ist ja objectives Recht. Wie voreingenommen die Schriftsteller an die Erforschung der Quellen schritten, erhellt daraus, dass Geyer (Nothwehr 1857) aus grossentheils ebendenselben Quellen, die Seeger benützte, das gerade Gegentheil ableitet. Wie wenig speciell das römische Recht ergeben kann, ob wirklich ein subjectives Recht auf Vornahme der Nothwehrhandlung gegeben ist oder nicht, zeigt Jhering, der (Zweck, II, S. 483, Note) erzählt, dass die Römer das Wort jus und das Wort jure nicht nur nicht immer zur Bezeichnung des subjectiven Rechtes, sondern oft ganz farblos, in der Bedeutung von rechtsgemäss, nicht-rechtswidrig verwenden, ja es sogar „von sittlichen Verhältnissen“ gebrauchen (vgl. auch Leonhard, Grünhut, Bd. X, S. 17).

Der Lehre also, dass die Nothwehr ein Recht ist, liegt grossentheils die Verwechslung von Recht und rechtsfreiem Dürfen, der Lehre, dass sie rechtswidrig ist, die Vermengung von Recht und Moral zu Grunde. Den letzteren Fehler begeht Geyer, der aber seine Lehre insoferne richtig begründet, als er (Nothwehr 4) erklärt, die Nothwehr könnte nur dann ein Recht sein, wenn der

Angreifer die Pflicht hätte, die Gegenwehr zu erdulden. Eine derartige Pflicht kann es, wie dargethan, eben nicht geben.

f) Hegel's Rechtsphilosophie (Grundlinien) erlangte den grössten Einfluss auf die criminalistische Literatur. Seine Lehren führten zur Annahme von drei Arten der objectiven Rechtswidrigkeit.

Vor allem brachte auch er Moral und Recht in einen formellen Zusammenhang. Er scheidet zwar Moral und Recht in gewisser Hinsicht, wie auch die Philosophen vor ihm gethan, obwohl er, im Gegensatz zu ihnen, ein dem positiven Rechte widersprechendes natürliches, Vernunft-Recht verwirft (§ 3), die Billigkeit dem „formellen Rechte" gegenüberstellt (§ 223) und eine Berücksichtigung der moralisch zu billigenden Absicht bekämpft, wenn rechtliche Beurtheilung in Frage steht (§ 126). Er construiert jedoch einen logischen Zusammenhang, indem er die Moralität dialectisch aus dem Rechte hervorgehen lässt (§ 104: „Uebergang vom Recht in Moralität"), und setzt sie beide, indem er die Begriffe zu ungeheurer Weite ausdehnt, einander als den objectiven Geist „an sich" (das Recht) und als die Unterordnung der subjectiven Gesinnung unter das allgemeine Gebot (Moralität) gegenüber, die dann in ihrer dialectischen Vereinigung den Staat, die seiende Sittlichkeit, bilden. Wenn auch nur das positive Recht das eigentliche Recht ist (§ 211), so geht doch aus Hegel's Weltauffassung, der in letzter Linie nur der Geist, das Abstracte, das wahrhaft Seiende ist, ein transscendentes Recht hervor, und die Rechtsidee liegt, ähnlich wie bei Herbart, in der Abwesenheit der Gewalt, des Zwanges. Nur ist die Gewalt nicht unästhetisch, sondern unlogisch, als Begriff in sich nichtig, und daher, als gegen den objectiven Geist, der das Recht ist, verstossend, unrechtlich: „Gewalt oder Zwang ist daher, abstract genommen, unrechtlich" (§ 92). In seiner Beziehung zum Handelnden ist dieses Unrecht zugleich moralwidrig. Concret jedoch, innerhalb der positiven Rechtsordnung gedacht, kann Zwang nach Hegel Recht sein. Dermassen construiert er (im Gegensatz zu Herbart) das „Nothrecht", welches dem gefährdeten Leben gegen den Eigenthümer einer Sache zusteht (§ 127). Das Nothrecht bleibt aber, als abstracter Zwang gedacht, doch transscendent, moralisch unrechtlich.

Angesichts der Anschauung Hegel's, dass der empirische Verlauf nichts als ein gedanklicher Process ist, der aber doch durch die dialectische Vereinigung wieder objectiv gesetzt wird (woraus das concret, real Gegebene erklärt werden soll), kann es nicht Wunder nehmen, dass Hegel auch bei Betrachtung der empirischen Erscheinungen geneigt war, zu objectivieren: „Dass mein Wille im

Eigenthum sich in eine äusserliche Sache legt, darin liegt, dass er eben so sehr, als er in ihr reflectirt wird, an ihr ergriffen und unter die Nothwendigkeit gesetzt wird. Er kann darin theils Gewalt überhaupt leiden, theils kann ihm durch die Gewalt zur Bedingung irgend eines Besitzes oder positiven Seins eine Aufopferung oder Handlung gemacht — Zwang angethan werden" (§ 90). Gerade die in dieser Stelle deutlich ausgesprochene Nachaussensetzung der psychischen Function, die sich nun gleichsam im Objecte verkörpert, indem sich der Wille und mit ihm die Willensmacht — nach Hegel das subjective Recht — „in die Sache legt", liegt der Vorstellung des „Rechtsgutes", des mit der constanten Eigenschaft „Recht" versehenen Gutes zugrunde, nach der nun jede Einwirkung auf diese Sache, auch seitens Thieren und der leblosen Naturgewalt, als eine Einwirkung auf das Recht erscheint. Die Handlung oder das Ereignis wird causal für die Verletzung des Rechtes — eine in der strafrechtlichen Literatur jetzt sehr verbreitete Auffassung (siehe unten § 33). Neuestens spricht sich Löffler (Z. XXI, S. 548) hierüber besonders deutlich aus: „Nun ist das Recht aber nicht eine so reine ideale, geistige Macht, die von den Thatsachen des realen Lebens abstrahieren könnte. Merkel scheint geradezu die Beeinträchtigung eines subjectiven Rechtes durch Naturgewalt für ausgeschlossen zu halten. Wenn aber ein Hund meine Wurst frisst, wenn das Wasser einer Ueberschwemmung meinen Zucker auflöst und fortträgt, endet da nicht mein Eigenthumsrecht?"

Weiters entstand, offenbar im Anschluss an Hegels Anschauung, dass jeder empirische Vorgang, als eine dialectische Erscheinungsform des Absoluten, den Maasstab der Unendlichkeit in sich trägt, jene übertriebene Vorstellung von der Rechtswidrigkeit einer Handlung, die Hälschners Worten zugrunde liegt (Gem. deutsch. Strafrecht, I, S. 30): „Das also was übrig bleibt nachdem das Verbrechen in seinen äusseren Folgen so weit als möglich aufgehoben wurde, ist dies, dass eine rechtswidrige Macht sich über die rechtliche des Staates erhoben hat, in die Sphäre, in welcher der Staat die allein herrschende Macht ist eingedrungen, sich hier zu behaupten sucht, indem sie eine Norm als geltend setzte und bethätigte, der eine rechtliche Geltung nicht zukommt."

Die Hegel'sche Rechtsphilosophie enthält auch den Keim zu der von Stammler ausgebildeten und heute fast allgemein anerkannten Collisionstheorie in sich. Diese Theorie anerkennt ja, über Hegel hinausgehend, ein Nothrecht im weitesten Sinne. Den ersten Schritt über Hegel unternahm Berner, indem er ein Nothrecht nicht nur dann annahm, wenn das Interesse am Leben, sondern wenn

irgend ein wichtiges Interesse mit fremdem Eigenthum in Conflict geräth. Dass sich Berner eng an Hegel anschloss, zeigt u. a., dass auch er, wörtlich mit Hegel übereinstimmend, den Willen sich „in das Object legen" lässt. Gerade aber auf Berners Begründung des Nothrechtes (Lehrbuch, in der 18. Aufl.: S. 104) berufen sich der Begründer der Collisionstheorie, Stammler (Nothstand, S. 75: „wie Berner sehr richtig bemerkt") und R. Merkel, der bekanntlich auf die Textierung im D.B.G.B. Einfluss nahm (Kollision S. 46, Note 2: „findet sich auch bei Berner . . . . betont"). Die Collisionstheorie geht aber insoferne noch über Hegels formale Construction hinaus, als nach ihr ein wahres subjectives Recht gegeben ist. Der Eigenthümer hat ja nach § 904 D.B.G.B. — wie wenigstens die herrschende Lehre annimmt — die Pflicht, die Einwirkung zu dulden. Nach Hegel aber ist das Nothrecht nicht als strictes Recht im subjectiven Sinne aufzufassen; denn diesem Philosophen erscheint die Nothstandshandlung, wie bereits betont, „abstract" genommen, „unrechtlich", und zwar, gemäss seiner Auffassung, wonach Recht und Moralität einander gegenüberstehen, wie objective Norm und subjective Gesinnung, moralisch gefärbt; wie er denn auch z. B. Absicht und Vorsatz, trotz der Trennung an einer Stelle, zugleich als moralische und rechtliche Categorien aufführt. Wenn er von Nothrecht spricht und dabei ausdrücklich hinzufügt, „nicht als Billigkeit, sondern als Recht" (S. 127), so soll das nicht heissen: vom formellen Rechte verboten und bloss entschuldigt, sondern: nicht verboten, de lege lata betrachtet: rechtsfreies Dürfen. Dennoch aber richtet sich die Handlung gegen das abstracte Recht: (§ 90) als moralische Rechtswidrigkeit. Treffend spricht Janka (Lehrbuch, S. 115) von einem Unrecht der „inneren aprioristischen Wesenheit nach", übersieht jedoch dabei, dass diese aprioristische Rechtswidrigkeit dem Hegel'schen Nothrecht innewohnt. Spricht ja doch auch die Strafrechtsliteratur vielfach von einem Nothrecht, das „an sich rechtswidrig" ist, indem sie nach einem Ausschliessungsgrund der Schuld oder Strafe sucht. (Vgl. Schaper, Holtzendorff, S. 139, und H. Meyer, Lehrbuch, S. 584; Tobler, Grenzgebiete, S. 5, 39, sagt zwar ausdrücklich, dass die Nothstandshandlung nicht rechtswidrig ist; er nennt sie aber doch „an sich strafbar" und heischt einen „Entschuldigungsgrund.")

Ueber die Bedeutung und den Fehler der Hegel'schen Zweitheilung: unbefangenes Unrecht und Betrug, siehe unten § 33. —

Zum Schlusse seien noch einige Stellen aus der strafrechtlichen Literatur angeführt, welche darthun, dass der moralische Character mancher Arten der objectiven Rechtswidrigkeit mehreren Schrift-

stellern klar ins Bewusstsein trat, indem sie entweder gerade deshalb von Rechtswidrigkeit sprachen, weil Moralwidrigkeit vorlag — wobei sie Recht und Moral in unzulässiger Weise in einen formalen Zusammenhang brachten —, oder indem sie diese objective Rechtswidrigkeit, weil im Grunde nur eine Verletzung sittlicher Vorschriften gegeben war, bekämpften.

a) Es hat sich bereits wiederholt gezeigt, dass der Jurist die Methode einhalten muss, das Recht als objective und subjective Macht zu scheiden, dass das Recht seiner Form nach nur der heteronomen Moral verglichen werden darf, und dass erst die Darstellung der Rechtsbegriffe de lege lata die subjectiv-moralische Färbung der Rechtsinstitute in Anschlag zu bringen hat. Es ist nicht zu verwundern, dass Jhering trotz der völlig zutreffenden Einengung des Kreises der von den Rechtsnormen Betroffenen und trotz der Verwerfung der „Normen mit Ausnahmen" zum Begriffe der objectiven Rechtswidrigkeit gelangte. Denn, indem er ab initio in die Moral den Zweckgedanken einbringt, zerfliesst ihm die heteronome Moral in ein Nichts (Zweck, Bd. II, S. 586): „Haben alle sittlichen Principien in dem Interesse der Gesellschaft ihren Grund, so auch ihr Mass, d. h. keines derselben kann weitere Geltung beanspruchen, als sie durch die Zwecke der Gesellschaft geboten ist." Und indem nun die allein übrig bleibende rein utilitaristische, im Grunde eben autonome, wenn auch objectiv autonome, d. h. durch den bewussten Gesetzgeber mit dem Anspruche auf allgemeine Geltung erlassene Moral dem Rechte zur Seite gestellt wird, tritt die moralische Vorstellungsweise in das Gebiet des Rechtes über (S. 616, l. c.): „wer um eines Anderen willen einen Dritten belügt oder betrügt, begeht etwas objectiv Unsittliches oder Rechtswidriges."

Es trifft ja gewiss im allgemeinen zu, dass, was sich gegen das Recht richtet, zugleich für unsittlich gehalten wird. Insofern haben v. Bar (Strafrechtstheorien, S. 338: „Das strafbare Unrecht ist eine besonders qualificierte, der Moral widersprechende Handlung") und Stooss (Schw. Z. X., S. 353: „Der Staat erscheint dem gemeinen Mann als die Macht, die das Schlechte bestraft, so dass der Schlechte zur Strafe das erleidet, was er verdient") zweifellos recht. Es geht aber eben deshalb, weil das Recht die geltenden Urtheile nicht bloss zu wiederholen, sondern auch fortzubilden hat, und weil viele Rechtsnormen, wie betont, rein formelle Vorschriften enthalten, und endlich, weil Recht und Moral nicht identisch sind, nicht an, Rechtswidrigkeit und Unsittlichkeit in so enge, unlösliche Verbindung zu bringen, wie etwa v. Woringen thut (Ueber die Grenzen des Einflusses des Sittengesetzes auf das Strafgesetz, S. 33): „. . . weil die

Störung der Rechtsordnung nur dann Unrecht ist, wenn sie gewollt wurde, wenn also und weil sie zugleich eine Unsittlichkeit ist." (Sofern aber in diesem Satz die Ablehnung des „objectiven Unrechtes" liegt, ist ihm rückhaltlos beizustimmen.) Bei Stooss dürfte die vielleicht allzustarke Betonung der moralischen Seite, die sich in der Stelle ausdrückt: „da . . . nichts recht sein kann, was unsittlich ist" (Geist der mod. Gesetzgeb., 1896, S. 4, S. A.), zu der im Vorentwurf eines Schw. St.G. enthaltenen Auffassung geführt haben: „Zunächst ist daran festzuhalten, dass der, der im Nothstand handelt, unter keinen Umständen ein Recht ausübt" — eine Anschauung, gegen die sich v. Liszt (Archiv für soc. Gesetzgeb. und Statistik, 1893, Bd. IV, S. 412) mit den scharfen Worten wendet: „Diese Auffassung, dem kleinsten Polizeigeiste entsprungen, ist eines freien Volkes unwürdig. In diesen und in hunderten von ähnlichen Fällen erfülle ich meine Pflicht als Mensch".

Auch Binding scheint, obzwar er die heteronome Moral verwirft, einen moralischen Gesichtspunkt geltend zu machen, wenn er (Hdb., Bd. I, S. 690) meint, dass Derjenige, der die Nothwehrverletzung als „rechtlich gleichgiltige Handlung" ansehe — „was durchaus nicht zugegeben werden kann" —, eine „begrenzte Rechtlosigkeit" behaupte. Dagegen wird die Nothwehr an anderer Stelle (l. c., 732 f.) als „erlaubt", als „Nothwehrrecht" anerkannt.

Geyers Auffassung, dass die Handlung des in Nothwehr Befindlichen rechtswidrig sei, weil man nie ein Recht haben könne, Unrecht zu thun, stehen v. Buri (G. S., Bd. XXX, S. 438): „Wie man aber durch eigene Noth ein Recht zur Verletzung eines Anderen erlangen könne, ist bis jetzt . . nicht zu begründen vermocht worden", und Hälschner sehr nahe (gem. deutsches Strafrecht, Bd. I, S. 488): „Da es keinen Rechtsgrund dafür gibt, dass ein rechtliches Gut beschädigt und als Mittel gebraucht werde, um ein anderes . . . zu retten, so ist solche Beschädigung in allen Fällen unrecht, nicht aber auch in allen Fällen strafbar".

Die hier vertretene Auffassung über die relative Natur des Rechtes, wonach das subjective Recht, vom formalen Standpunkt betrachtet, lediglich in der Beziehung zum Verpflichteten liegt, hat principiell die Einwendung Bindings zu besorgen, dass, wenn in dem Momente der Beziehung die Pflicht nicht gegeben ist, eine „begrenzte Rechtlosigkeit" vorliege. So wäre z. B. der Eigenthümer der Sache, auf welche nach § 904, D.B.G.B., eingewirkt werden darf, in dieser Hinsicht rechtlos. Binding würde darnach nicht zugeben, dass der Eigenthümer in dem Augenblicke das Recht nicht habe, sondern lediglich, dass er es nicht ausüben dürfe. Dieselbe Haltung

würde er voraussichtlich in den Fällen der §§ 226 und 229 D.B.G.B. einnehmen. Es fragt sich aber eben, worin denn das Recht besteht, das man nicht ausüben darf? Practisch ist es für den Eigenthümer ganz gleichgiltig, ob man ihm in diesem Falle ein Recht zugesteht oder nicht. Denn das Recht, das man nicht ausüben darf, hat keinerlei Wert. Weiters aber fragt sich, ob es überhaupt angeht, von einer „begrenzten Rechtlosigkeit" in Bindings Sinne zu sprechen. Ist die Rechtlosigkeit im strengsten Sinne nicht begrifflich eine unbegrenzte oder wenigstens fast unbegrenzte Rechtlosigkeit?

b) Dass man auch in der Literatur des Strafrechtes erkannt hat, dass die objective Rechtswidrigkeit manchmal das Product von mit moralischen Vorstellungsweisen operierenden Erwägungen ist, beweisen die folgenden Stellen:

Kessler (Einwilligung, S. 15): „Handlungen, zu denen man kein subjectives Recht hat, sind deswegen noch nicht rechtswidrig, sondern können füglich rechtlich indifferent sein, selbst wenn sie moralisch nicht indifferent sein sollten", und Ullmann (G. S., Bd. XXXVII, S. 12): „Im Recht wurde dieses Verbot der Tödtung niemals absolut gefasst, denn wenngleich die rechtmässigen, bezw. vom Recht straflos gelassenen Tödtungen (im Kriege, zur Strafe, in Nothwehr und die vom Recht entschuldigte Tödtung im Nothstand) als Ausnahmen von der Regel sich darstellen, so darf doch nicht übersehen werden, dass diese Ausnahmen in Verbindung mit dem Grundsatz des heutigen Rechts, dass Selbstmord und Selbstmordversuch nicht gestraft werden, erkennen lassen, wie das Leben, wenngleich als das werthvollste Rechtsgut anerkannt, rechtlich doch nicht in dem Sinne als unantastbar erscheint, wie dies nach dem Sittengesetze der Fall ist"; endlich Thon (Rechtsnorm, S. 20): „Rechtswidrigkeit und Unsittlichkeit sind keine sich deckenden Begriffe."

## B. Die Vergleichung der Rechtstheile und der Gesetze.

### § 25. Allgemeines.

§ 25. Allgemeines

Die bisher aufgewiesenen Arten der objectiven Rechtswidrigkeit stellen sich als Resultate von Erwägungen principieller Natur dar. Nunmehr soll gezeigt werden, dass man sich gedrängt fühlte, von objectiver Rechtswidrigkeit zu reden, weil man vermeinte, ohne diesen Begriff das Auslangen nicht zu finden. Die Probleme, die dieses Begriffes nicht entrathen zu können scheinen, sind in der That dermassen compliciert, dass es bisher nicht gelang, sie aus einem einheitlichen Princip heraus zu erklären. Indem man verschiedene Rechtsvorschriften mit einander verglich, und indem man Lehren, die man von verschiedenen Seiten her über verwandte Probleme gewonnen hatte, mit einander in Einklang zu bringen suchte, gerieth man in scheinbar unlösliche Dilemmen, die Begriffe aufstellen hiessen, welche eine Versöhnung der Widersprüche ermöglichen sollten. In diesem Lichte wird sich der Begriff der objectiven Rechtswidrigkeit als ein Nothbehelf herausstellen, der nicht aus allgemeinen Principien abgeleitet, sondern umgekehrt als das Resultat von Einzelbetrachtungen erscheint und sohin, wie begreiflich, hier dieses, dort jenes Colorit aufweist.

Der Uebersicht halber soll die Erörterung in zwei Theile geschieden werden, deren erster die Vergleichung des Strafrechtes mit anderen Rechtstheilen, insonderheit mit dem Privatrechte und mit der allgemeinen Rechtslehre, deren zweiter die Ueberlegungen, die sich auf strafrechtlichem Boden abspielten, zur Darstellung bringt.

Die erste, umfassendere Vergleichung führte zu vier verschiedenen Argumentationen, die engere Betrachtung gelangte von zwei disparaten Gesichtspunkten zu bemerkenswerten Ergebnissen in der Lehre von der Rechtswidrigkeit.

1. a) Indem man das Recht eines Staates als ein Ganzes, als etwas Einheitliches ansah, das in allen seinen Bestimmungen einen einzigen Willen, den des Staates, zum Ausdruck bringe, behauptete man, es könne eine Handlung nur entweder verboten oder erlaubt,

nicht etwa in einem Gesetze verboten, in einem anderen Gesetze erlaubt sein. Damit entstand eine Scheidung innerhalb der vom Strafgesetze „ausnahmsweise" straflos gelassenen Handlungen. Diejenigen von ihnen, die mit einer Privatrechtsfolge, etwa der Schadenersatzpflicht, ausgestattet sind, erschienen — ebendeswegen — als unrechtmässige Handlungen, die nur, da ein Entschuldigungsgrund vorliegt, nicht gestraft werden. Die übrigen von ihnen, die schlechterdings eine Rechtsfolge nicht nach sich ziehen, wurden als „gerechtfertigt" anerkannt und — theilweise auch mittelst Verwechslung von Dürfen und Recht — als solche angesehen, auf deren Vornahme man ein „Recht" hat. Die Unterscheidung gieng von dem Gedanken aus, dass eine Handlung, die eine Ersatzpflicht nach sich ziehe, unmöglich erlaubt sein könne. Und soweit die gerechtfertigte Handlung vom Strafgesetz gedeckt, straflos erschien, soweit war sie berechtigt. Mit dem Momente, da sie die Grenze überschritt, betrat sie den Boden der Rechtswidrigkeit und zog auch civilistische Ersatzpflicht nach sich.

b) Eine wesentlich andere Vorstellung liegt der bekannten Gegenüberstellung zugrunde: „Recht gegen Recht."

Es hat sich, wie bereits betont, in der Literatur die Tendenz eingestellt, von einem „Rechte" auf Vornahme mancher der ausnahmsweise straflosen Handlungen zu sprechen, und zwar vorerst hauptsächlich in den Fällen: gegen Unrecht (Nothwehr), später aber, und zwar in immer weiterer Ausdehnung, auch in den Fällen: gegen Recht. Darin lag insoferne eine Einengung des Kreises der an sich rechtswidrigen Handlungen, als man eine Gruppe von ihnen nunmehr als rechtmässige ansah. Doch wiegt diese Ausscheidung deshalb nicht schwer, weil zahlreiche Fälle erst zugleich mit der Statuierung ihrer Rechtmässigkeit dem Bereiche der Strafdrohung entrückt wurden, indem ihnen der Charakter der Nothstandshandlung — und um diese handelt es sich hier — erst zugesprochen wurde. Ja es lag darin umso weniger ein Schritt zum Besseren, als man damit eine andere Art der objectiven Rechtswidrigkeit schuf. Lag diese früher — als moralische Rechtswidrigkeit — auf der Seite des nur „entschuldigt" Handelnden, so erscheint sie jetzt in der Sphäre des von der Handlung Betroffenen. Denn dieser Betroffene hat ja ein „Recht", und wider dieses Recht kann nur rechtswidrig gehandelt werden, ob nun die Vorstellung dahin gieng, dass sich das Recht des Betroffenen in seiner Person oder in seiner Sache, dem „Rechtsgute", verkörpere, oder ob man einen „Rechtskreis" annahm, oder den von der Handlung herbeigeführten Zustand als rechtswidrig bezeichnete. Diese objective

Rechtswidrigkeit bildete nunmehr die Grundlage der Schadensersatzpflicht. Und diese Pflicht war nicht gegeben, wenn Recht gegen Unrecht stand; denn dann lag Rechtswidrigkeit eben nicht vor. Dass man allerdings auch im Falle der Nothwehr und der Ausübung des „subjectiven Rechtes des Staates auf Strafe" von „Rechtsgüterverletzung" spricht, ist ein Beweis mehr dafür, wie eingewurzelt die Vorstellung ist, dass sich der von der Handlung Betroffene im Besitze eines dauernden, constanten Rechtes befindet, ganz unbekümmert, welche Sachlage vorliegt, und gleichgiltig, ob diesem angeblichen Rechte auch eine Pflicht des Handelnden correspondiert.

Ja gerade die Meinung, dass dem Betroffenen ein Recht zur Seite steht, bildete den Ausgangspunkt der Lehre, welche die „an sich unrechtmässige" Handlung des in Nothstand Befindlichen zu einer „rechtmässigen", zu einem „Rechte" erhob. Sollte die Handlung erlaubt und straflos sein, sollte sie die Kraft haben, ein entgegenstehendes Recht zu überwinden, so musste sie selbst Recht sein, und zwar ein besseres, stärkeres Recht, als das zu überwindende; denn nur ein „qualitativ, bezw. quantitativ stärkeres" Recht kann siegen. So tritt eine Collision von Rechten und ein Kampf ein: „Recht gegen Recht". Zu prägnantestem Ausdruck gelangt dieser Gedanke bei Titze, Nothstandsrechte, S. 23: „Um sich auch dem subjectiven Rechte gegenüber bewähren zu können, muss die Nothstandshandlung einen ganz bestimmten Charakter bekommen: sie muss zur rechtmässigen werden. Weil nur diese im stande ist, eventuell auch ein entgegenstehendes subjectives Recht zu überwinden, muss der Gesetzgeber auf der anderen Seite ein Nothstandsrecht anerkennen, wenn er will, dass sich die Nothstandshandlung auch z. B. dem Eigenthume gegenüber behaupten kann."

c) Man hat weiter — dritte Variante — aus der Einheitlichkeit des gesammten Gesetzescomplexes mit besonderer Beziehung auf das Strafgesetz gefolgert, das Strafgesetz könne nichts verbieten, was in anderen Gesetzen erlaubt werde, es sei nur „secundärer Natur", wesentlich ein „droit sanctionnateur." Deshalb blieben manche Handlungen mit Strafe verschont, wenn sie auch vom Strafgesetze anscheinend verpönt, an sich rechtswidrig, Rechtsgüterverletzungen seien. So die Handlungen des Scharfrichters, des Arztes, des Soldaten im Kriege, des Parlamentsberichterstatters u. s. f.

d) Endlich hat man — vierte Variante — einen völlig neuen Gesichtspunkt aufgestellt, um dem Dilemma zu entrinnen, in das man sich verstrickt fand, als man die Schlüsse zog: Wenn das Strafrecht eine Handlung ausnahmsweise für straflos erklärt, ist sie

— strafrechtlich — erlaubt; und wenn dieselbe Handlung mit einer Schadenersatzhaftung belegt ist, muss sie als unerlaubt gelten. (Diesen Schluss zieht z. B. Hälschner, Gem. d. Strafr., Bd. I, S. 492: „Ist die im Nothstande verübte Rechtsverletzung . . . . straflos, so bleibt die Handlung gleichwohl eine rechtswidrige, welche die Verpflichtung mit sich bringt für das verletzte fremde Recht . . . . Entschaedigung zu gewähren".) Das Zusammenbestehen der Bestimmungen: erlaubt und unerlaubt, schien, wollte man dem Gesetzgeber nicht einen Widerspruch imputieren, unmöglich. Hatte man früher, wie Hälschner, die straflose Handlung für an sich rechtswidrig und nur entschuldigt erklärt, und so das Dilemma gelöst, indem man sich für die Unerlaubtheit entschied, so schlug man nunmehr den entgegengesetzten Weg ein. Man lehrte: Daraus, dass das Gesetz an die Vornahme einer Handlung die Pflicht knüpft, Ersatz zu leisten, kann nicht geschlossen werden, dass die Handlung unerlaubt ist. So sagt R. Merkel (Kollision, S. 112): „Immer wieder folgert man aus einer Entschuldbarkeit, welche die strafrechtliche Sühne ausschliesst, dass auch die civilrechtliche Ausgleichung des Geschehenen zu entfallen habe." Zur Bekräftigung solcher Argumentation verwies man auf die Haftung für Betriebsschäden, auf die Ersatzpflicht von schuldunfähigen Personen u. dgl. Damit trat an die Seite der prävenierenden Ersatzpflicht die „ausgleichende" Function des Schadenersatzes. Nunmehr lautete der Ausweg aus der Alternative: erlaubt oder unerlaubt? nicht mehr „unerlaubt", sondern erlaubt.

Man sollte nun meinen, dass hiermit der Begriff der objectiven Rechtswidrigkeit — wenigstens aus dem Bereiche der Nothstandsmaterie — gebannt ist. Dem ist aber nicht so. Es blieben vielmehr noch vier verschiedene Arten übrig:

Vor allem hatte man ja nicht für alle Fälle des Nothstandes die Handlung des Gefährdeten als „rechtmässig", als ein „Recht" erfasst, sondern nur für eine Gruppe. Auf zwei Gesichtspunkte führt man seit Berner (vgl. R. Merkel, Kollision, S. 46, Note 2) die Straflosigkeit des Nothstandes zurück: An die Gruppe der rechtmässigen Nothstandshandlungen reiht sich die Categorie der an sich rechtswidrigen und bloss entschuldigten an.

Vielfach nahm man auch an, die Nothstandshandlung sei rechtswidrig, weil sie eben einen Zustand herbeiführe, der nach dem Willen des Rechtes geändert, „ausgeglichen" werden muss. Dieser Zustand ist nun rechtswidrig, weil ihn das Recht „nicht will". So gibt Löffler (Z. XXI, S. 25 S.A.) zwar zu, dass es „unrichtig ist, dass jede Schadenersatzpflicht auf ein geschehenes Unrecht zurückzu-

führen ist"; doch führt er die Rechtswidrigkeit in der Sphäre des Betroffenen wieder auf (l. c., S. 26): „Wenn das österr. allgemeine B.G.B. im § 1310 unter gewissen Voraussetzungen dem Unzurechnungsfähigen die Schadenersatzpflicht auferlegt . . . so kann das wohl in Anbetracht aller begleitenden Umstände nur auf der Voraussetzung beruhen, dass das Recht den Eintritt dieser Thatbestände nicht will, dass dieser Schade, der gebessert werden muss, gegen das Recht erlitten worden ist" (vgl. auch Hertz, Unrecht S. 9: „dass das Recht ihm widersprechende Zustände auch da beseitigt, wo Niemand in Schuld ist"). Es mag ja in manchen Fällen richtig sein, dass, wie Löffler sagt, das Recht etwas „nicht wollte", wenn es die Schadenersatzpflicht auferlegt; es geht aber nicht an, dieses Nichtwollen auf den herbeigeführten „Zustand" zu beziehen (siehe unten § 33).

Dass Löffler in manchen Fällen die Handlung des in Nothstand Befindlichen noch aus einer weiteren Ueberlegung für objectiv rechtswidrig hält — eine Art der objectiven Rechtswidrigkeit, die er mit anderen Schriftstellern gemeinsam hat —, wird sich unten sub 2 b zeigen.

Endlich bleibt der Handlung des im Nothstand Befindlichen nach vielen Schriftstellern noch eine vierte Art der objectiven Rechtswidrigkeit, die aus der Verwechslung der Begriffe Rechtswidrigkeit und Thatbestand entspringt. (Siehe unten § 33.)

2. a) Zwei Gründe wurden bisher aufgedeckt, aus denen man annahm, die ausnahmsweise straflosen Handlungen seien Rechts- und nicht bloss erlaubte Handlungen: die Verwechslung von rechtsfreiem Dürfen und Recht, und die Construction des Nothrechtes zum Zwecke der Ueberwindung des Drittrechtes. Dass man auf Seite des bedrohten Dritten ein Recht annimmt, das verletzt wird, beruht auf der Verkennung der für die allgemeine Rechtslehre so wichtigen Thatsache, dass das Recht wesentlich Beziehung, nicht ein constanter Annex der Person und nicht eine dem „Rechtsgute" immanente Qualität ist.

Nunmehr handelt es sich um die Gegenwehr des Betroffenen, eine Frage des Strafrechtes. Man argumentierte folgendermaassen: Die Handlung des in Nothstand Befindlichen ist, wenn auch nicht in ihrer Stellung zum Handelnden, so doch insoferne eine rechtswidrige, als sie sich gegen ein Recht richtet. Daher steht dem Angegriffenen im Grunde die Nothwehr zu. Um nun diese Nothwehr auszuschliessen, ist es nothwendig, dass der Gesetzgeber dem im Nothstande Befindlichen ein „Recht" zur Verletzung des Betroffenen verleiht. Denn, hat der Angreifende ein Recht, dann ist

Nothwehr ausgeschlossen, da Nothwehr nur gegen rechtswidrige Angriffe statthat.

Diese Berechtigung des in Nothstand Befindlichen schloss nun aber diejenige Rechtswidrigkeit nicht aus, die in dem durch seine Handlung herbeigeführten Zustand lag und eine Ausgleichung erforderte. Man übersah hiebei (z. B. R. Merkel, Kollision, S. 42) weiters, dass es, um die Gegenwehr des Betroffenen zu einer rechtswidrigen zu machen, gar nicht nothwendig ist, dem Einwirkenden ein subjectives Recht zuzusprechen, da ja Nothwehr eben nur gegen rechtswidrige, nicht aber gegen erlaubte, rechtsfreie Angriffe platzgreift. Der Zweifel, dass die bloss erlaubte Einwirkung des im Nothstande Befindlichen selbst einen Nothstand, nicht Nothwehr hervorrufe, wurde im allgemeinen nicht laut, da man im Falle der Reaction gegen den Angreifer nicht von Nothstand, sondern von Nothwehr zu sprechen pflegt.

Richtig ist allerdings, dass man die Möglichkeit strafloser Nothstandshandlung des durch einen Nothstandsangriff Betroffenen ausschloss, indem man dem Betroffenen zur Pflicht machte, die Einwirkung zu erdulden. Denn hiedurch wurde die Reaction des Betroffenen gegen den Gefährdeten zu einer pflichtwidrigen gestempelt. Damit aber war nicht nur eine Argumentation im Krebsgange gegeben: es lag in diesem Gedanken — wenigstens in der Gestalt, in der er ausgesprochen wurde und Eingang in das Gesetz fand — die merkwürdige Vorstellung, als hätte eine theoretische Construction auf den empirischen Verlauf einen Einfluss. Wie bereits betont, hält laienhaftes Denken an der Idee eines constanten, dauernden Rechtes fest. Der Betroffene empfindet auch den Angriff eines in Gefahr Schwebenden, zumal, wenn nicht dessen Leben oder Freiheit, sondern bloss sein Eigenthum auf dem Spiele steht, als eine Rechtskränkung. Will man entgegen dieser tiefeingewurzelten Vorstellung den Betroffenen daran hindern, die Einwirkung abzuwehren, also einer geradezu instinctiven Reaction entgegentreten, die schliesslich nichts Anderes, als die von den Criminalisten so viel berufene Vergeltungstendenz ist, so müsste dem Betroffenen doch wohl die Pflicht nicht nur theoretisch, sondern thatsächlich, durch Rechtszwang, auferlegt werden. Die Inaussichtstellung eines Ersatzanspruches kann, da sie ja nicht eine Drohung, sondern lediglich eine Verheissung enthält, so wenig eine Pflicht begründen, als Staatsbürgern die Pflicht auferlegt wird, sich staatlichen Aemtern zu widmen, wenn den Beamten ein Gehalt in Aussicht gestellt wird. Zudem ist die Verheissung des Schadenersatzes in vielen Fällen ein recht belangloses Beschwichtigungsmittel, weil der

Betroffene zumeist keine Garantie hat, dass der Gegner zahlungsfähig ist. Ueberdies erweckt gerade die Inaussichtstellung des Ersatzes in dem „verpflichteten" Betroffenen die Vorstellung, er habe ein Recht, welches Recht eben, wenn ihm zuwidergehandelt wird, den Ersatzanspruch entstehen lasse. Die Statuierung des Nothrechtes im D.B.G.B. wird fast einstimmig als ein grosser Fortschritt bezeichnet. Es gibt jedoch noch genug andere Gründe, die die Bestimmung des § 904 als eine höchst bedenkliche erscheinen lassen. Ihre Anführung sei der Darstellung im II. Bande vorbehalten.

Die mögliche Gegenwehr des Betroffenen als einen Fall des Nothstandes aufzufassen, wenn man dem im Nothstande Befindlichen nur die Erlaubnis, nicht das Recht zur Einwirkung gab, konnten sich, wie betont, die meisten Schriftsteller nicht entschliessen, da sie damit ihr principielles Abgrenzungscriterium von Nothwehr und Nothstand hätten umwerfen müssen. Nach herrschender Auffassung erblickt man eben den Unterschied darin, dass sich die Nothwehr gegen den Angreifer (der nach einigen auch ein Thier oder eine Sache sein kann), die Nothstandshandlungen gegen einen unbetheiligten Dritten richten. (Vgl. z. B. Löffler, Z. XXI, S. 581, Anm.)

In zweifacher Hinsicht erscheint das methodische Vorgehen in der Nothstandsliteratur der letzteren Jahre bedenklich. Vor allem wird mit dem Nothrechte, offenbar weil es jetzt gesetzlich festgelegt ist, wie mit einem unerschütterlichen Dogma operiert. Freilich muss die Construction de lege lata mit der gesetzlichen Bestimmung rechnen. Die de lege ferenda arbeitende Theorie aber — und sie ist im strengen Sinne die allein wissenschaftliche — ist an das Gesetz nicht gebunden. Denn sie hat fürs erste das Gesetz zu critisieren, muss sich also über die geltende Norm erheben, und sie kann und muss sich schon deshalb vom Gesetze unabhängig stellen, weil das Gesetz selbst das Nothrecht aus den Händen der Theorie empfieng. Der Rechtswissenschaft kann das Nothrecht nicht mehr sein, als irgend eine andere Lehre, über die sich debattieren lässt. Es ist aber weiters unerlässlich, de lege ferenda ein Abgrenzungscriterium zu finden, das Nothwehr und Nothstand scheidet, und aus principiellen Gesichtspunkten darüber schlüssig zu werden, ob die beiden Rechtsbegriffe, wie man theilweise behauptet und theilweise energisch bestreitet, unter einen gemeinsamen Oberbegriff subsumiert werden können. Es wird im besonderen Theile versucht werden, mittels Würdigung des psychologischen Thatbestandes die unterscheidenden Merkmalen festzustellen.

Einige Beispiele aus der reichhaltigen Literatur mögen die vorangestellten Behauptungen belegen:

Binding (Hdb., Bd. I, S. 738): „»Rechtswidrig« bezeichnet die Richtung, nicht die Deliktsqualität des Angriffs." Schaper (Holtzendorff, S. 144) fragt hinsichtlich der Nothwehr: „Rechtswidrigkeit des Angriffs: im civilrechtlichen, im strafrechtlichen Sinne? nach der Auffassung des Bedrohenden oder des Bedrohten?" Richtig hebt Tobler (Grenzgebiete, S. 60 f.) hervor: „Merkel und Binding leugnen zwar das objective Unrecht ebenfalls, erklären aber den Angriff insofern für rechtswidrig, als er sich richtet gegen die rechtlich geschützte Existenz" (vgl. Merkel, Lehrbuch, S. 163). Mit Recht wendet sich v. Liszt gegen Merkel, der inconsequenterweise erklärt: „Aber nur an Angriffe von Menschen ist hiebei zu denken. Die Abwehr eines tollen Hundes fällt unter den Gesichtspunkt des Nothstandes." Warum — so ist zu fragen —, wenn „es genügt, dass der Angriff ohne Recht erfolgte?" (vgl. v. Liszt, Deliktsoblig., S. 87). Besonders deutlich formuliert das Reichsgericht (Entscheid., Bd. XXVII, S. 45) die eigenartige Vorstellung: „Der nämliche Angriff kann zugleich nicht rechtswidrig sein für den, von welchem er ausgeht, und rechtswidrig für den, von welchem er nicht ausgeht." In diesem Satze tritt die Ausserachtlassung der Relationsnatur des Begriffes der Rechtswidrigkeit am schärfsten zu Tage. Stirtz (die subj. Seite der Nothwehr, S. 24) erklärt, sich dieser Auffassung „vollständig" anzuschliessen. Endlich Schläger (Rechtswidrigkeit bei Nothwehr, S. 31): „Wenn jemand einen Angriff wider, gegen das Recht macht, so ist das Ziel des Angriffes damit bestimmt. Von einem Schuldmoment kann hier nicht die Rede sein."

b) Einen weiteren Anlass, eine objective Rechtswidrigkeit zu behaupten, bot das Rechtsinstitut der Nothhilfe, und zwar diejenige Form, welche der Theilnahme an einer strafbaren Handlung analog ist. Voraussetzung hiefür ist, dass der im Nothstand Befindliche selbst eine Handlung setzt, zu der sich die Handlung des Helfenden als Gehilfenhandlung verhält. Indem man die accessorische Natur der Theilnahme im Auge hatte, verquickte man die juristische Prädicierung der beiden Handlungen und sah sich genöthigt, wenn man eine der Handlungen als rechtswidrig bezeichnete, auch die andere für rechtswidrig zu erklären. Die Gesetze nun lassen die Nothhilfe bei Nothwehr in weitestem Maasse zu (z. B. R.St.G.B. § 53, Oe.St.G. § 2 g), dagegen nur in engem Ausmaasse bei Nothstand (z. B. R.St.G.B. § 52, 54, Oe.St.G.B. § 2 g). Zwar äussert sich das Oe.St.G.B. darüber nicht ausdrücklich; es geht jedoch aus der Regelung der Nothstandsmaterie hervor, dass nur dem Gefährdeten besonders nahe

stehende Personen straflos Rettungshandlungen vornehmen können, da nur diesen der Schuldausschliessungsgrund des „unwiderstehlichen Zwanges" zuzubilligen sein dürfte (ähnlich Janka, Strafrecht, S. 117; Lammasch, Grundriss, berührt die Frage nicht). Soweit aber die Rettungshandlung eines Dritten — Nichtangehörigen — nicht straflos bleibt, erscheint sie als rechtswidrig. Das neue D.B.G.B. brachte allerdings eine Ausdehnung der Rettungsbefugnis für die Fälle der Einwirkung auf Eigenthum eines Dritten. Nach österr. St.G. wäre also jede Nothhilfe eines Nichtangehörigen rechtswidrig, nach deutschem Recht nur in den Fällen, wo nicht auf Eigenthum eingewirkt wird. Und nun argumentierte man: Wenn die Nothhilfehandlung rechtswidrig ist, muss auch die Handlung des Gefährdeten rechtswidrig sein. Der Gefährdete wird nicht bestraft; also liegt eine an sich, objectiv rechtswidrige Handlung vor, die criminell durch einen Strafausschliessungsgrund gedeckt ist, und zwar, da nur der Gefährdete straflos ausgehen soll, durch einen „persönlichen" Strafausschliessungsgrund. Will man die Nothhilfehandlung erlauben, zu einer berechtigten Handlung machen, so bleibt nichts übrig, als die Nothstandshandlung selbst, also die Handlung des Hauptthäters, für rechtmässig, für ein Recht zu erklären. (Vergl. R. Merkel, Kollision, S. 42). Ihm folgt Titze (Nothstandsrechte, S. 27): „Dass aber für eine ganze grosse Gruppe von Fällen die Rechtmässigkeitserklärung der Nothstandshandlung ein dringendes und unabwendbares Bedürfnis ist, hat Rudolf Merkel durch eine Menge von Beispielen nachgewiesen. Man denke z. B. daran, dass ein in der Gefahr des Ertrinkens Schwebender sich an einem fremden Kahn festhält . . . Soll in allen diesen Fällen die durch die Noth gebotene Handlung rechtswidrig und höchstens . . . mit Strafe verschont bleiben? Soll ein Dritter, der bei diesen Rechtsverletzungen behilflich ist, sich der Theilnahme an einem Delicte schuldig machen?" Löffler (Z. XXI, S. 44, S.A.), sagt über den Fall, dass der Nothstand in einer Lebensgefahr besteht: „Die richtige Auffassung geht m. E. dahin, dass diese Nothstandsfälle rechtswidrige Handlungen mit persönlichem Strafausschliessungsgrunde sind; daher ist die Nothhilfe Fremder unzulässig." Diese Argumentationen sind nur ein Reflex aus der Lehre von der accessorischen Natur der Theilnahme überhaupt. Hat man ja doch jedesmal, wenn der Hauptthäter straflos bleiben, die Theilnehmer dagegen gestraft werden sollten, die Handlung des Thäters als rechtswidrig und nur durch einen „persönlichen" Strafausschliessungsgrund gedeckt angesehen.

Inwiefern solche Construction de lege lata zutreffend ist — das R.St.G.B. scheint diese Auffassung allerdings zu theilen —,

interessiert hier nicht. Jedenfalls erscheint es de lege ferenda unzulässig, eine und dieselbe Handlung eines Menschen juristisch anders zu prädicieren, wenn sie isoliert vorgenommen, und anders, wenn daneben noch eine Handlung eines anderen Menschen gesetzt wird. Warum sollten nicht zwei Personen, die zusammenhandeln, verschieden zu erfassende Handlungen setzen? Der Wahnsinnige, der ein Haus anzündet, sollte, juristisch betrachtet, anders handeln, wenn ihm ein Zurechnungsfähiger Hilfe leistet, und anders, wenn solche Hilfe nicht geleistet wird? —

In den vorstehenden Ausführungen wurde versucht, eine Anzahl von Arten der objectiven Rechtswidrigkeit in ihrer Genese klarzulegen. Es soll damit weder behauptet werden, dass jeder einzelne der Schriftsteller nur auf einem der angegebenen Wege zum Begriffe der hier behandelten objectiven Rechtswidrigkeit gelangte, noch auch, dass hiermit die in diese Categorie gehörigen Wege sämmtlich gefunden wurden. Angesichts der zahlreichen einander durchkreuzenden Gesichtspunkte und im Hinblick auf die Verschwommenheit der Begriffe, mit denen vielfach operiert wird, scheint solcher Versuch geradezu aussichtslos.

Zudem steht ja für Denjenigen, dem rechtswidrige Handlung nur zurechenbare Willensbethätigung ist, von vorneherein fest, dass der Begriff der objectiven Rechtswidrigkeit in allen seinen Schattierungen, möge er das Resultat dieses oder jenes Denkprocesses sein, ein unrichtiger ist, dem nichts entspricht, was in der Welt der Erscheinungen gegeben wäre oder sich abspielte. Nachdem jedoch die Argumente, mit denen der Begriff verfochten wird, auch für andere Gebiete, als die in Frage stehenden, Geltung beanspruchen, und nachdem erst dann die Richtigkeit des gefundenen Resultates in hellem Lichte steht, wenn sich die für die bekämpften Ansichten vorgebrachten Gründe als nicht stichhältig erweisen, erscheint es erforderlich, die Wege, die die Gegner giengen, als Irrwege zu offenbaren. Zunächst nun hat sich eine Anzahl der schwierigsten Probleme eingestellt, die einer flüchtigen Besprechung spotten. In diesem Zusammenhange sollen vorerst nur die Probleme allgemeiner Natur erörtert werden. Soferne die Fragen dem Gebiete der einzelnen Lehren angehören, werden sie im 2. Bande, je nach ihrer Zugehörigkeit, bei der Nothwehr, dem Nothstande, der ärztlichen Behandlung u. s. f. dargestellt werden. Nach Ausscheidung dieser Einzelfragen erübrigen drei Probleme, die nunmehr besprochen werden sollen. Selbstverständlich kann es sich nicht annähernd um eine erschöpfende Darstellung handeln: sie werden nur in solchem Umfange erörtert, als es nothwendig ist,

die Schlüsse, die man auf die Rechtswidrigkeit zog, zu bekämpfen. Die Probleme sind, mit Schlagwörtern bezeichnet, folgende:

1. Die secundäre Natur des Strafgesetzes;
2. Recht gegen Recht;
3. Handlung und Ersatzpflicht.

## § 26. 1. Die secundäre Natur des Strafgesetzes.

§ 26. Die secundäre Natur des Strafgesetzes

Der Satz, es könne „zwischen den beiden Rechten [scil. Privat- und Strafrecht], welche derselbe Mund verkündet und derselbe Wille aufrecht erhält, keinen inneren Widerspruch geben" (Löffler, Z. XXI. S. 569), erscheint zunächst völlig plausibel. Der Gesetzgeber ist stets darauf bedacht, nicht in einem Gesetze zu verbieten, was er in einem anderen erlaubt, und umgekehrt. Ergeben sich in dieser Hinsicht Widersprüche in den verschiedenen Gesetzen, so sind sie, wenn die Gesetze nicht zu gleicher Zeit ins Leben treten, nach dem Grundsatze: lex posterior derogat priori zu lösen. Kann dem Gesetzgeber angesichts der Besonderheit des Falles nicht imputiert werden, dass er mit dem neuen Gesetze eine entgegenstehende Bestimmung des früheren aufheben wollte, so ist der Widerspruch als ein unbeabsichtigter, scheinbarer zu betrachten, und die Lösung aus dem Geiste der Gesetze zu versuchen. Die These von der Einheitlichkeit des Rechtswillens ist gewiss eine wichtige und brauchbare Interpretationsregel.

Es geht jedoch nicht an, das Strafgesetz schlechthin „wesentlich ein droit sanctionnateur" zu nennen und zu behaupten, es könne „nicht etwas als verboten und strafbar behandeln, was Ausfluss privaten, subjektiven Rechtes ist." (Löffler, XXI, S. 569.) Dass das Strafgesetz nicht allein sanctioniert, erhellt schon daraus, dass es zahlreiche Handlungen erst verbietet, die in keinem anderen Gesetze verboten erscheinen. Gewiss ist es unmöglich, dass eine Handlung zugleich Ausübung eines subjectiven Rechtes und doch verboten ist. Im Falle des Verbotes besteht eben das subjective Recht nicht. Scheinen aber zwei Gesetze einander derart zu widersprechen, so ist es gewiss nicht zulässig, das Strafgesetz, als bloss in zweiter Linie stehend, beiseite zu schieben und die Handlung als erlaubt anzusehen. Es wäre vielmehr sehr möglich, dass das Strafgesetz Befugnisse, die frühere Gesetze zubilligten, einschränkt und ihre Uebung über eine gewisse Grenze unter Strafe stellt. Man denke etwa an den Fall, dass Jemand mit dem Auftrage, eine Sache zu kaufen, Bargeld offen zugezählt erhält, die Summe jedoch für sich verwendet. Nach justinianischem, österr. (B.G.B. § 371) und

deutschem Recht (B.G.B. §§ 947, 948) wird der Mandatar Allein-, bezw. Miteigenthümer an dem Gelde. Man nehme nun an, dass nicht bereits § 364 des öst. und § 903 des deutschen B.G.B. die Unterschlagung verbieten würden, die ja „Rechte Dritter" tangiert: gewiss enthielte das Strafgesetz (§ 183 Oe.St.G.B. u. § 246 R.St.G.B.) eine Einschränkung des subjectiven Eigenthumsrechtes. Oder sollte der Beauftragte zur Veruntreuung seines Antheiles berechtigt sein, weil ihm § 354 Oe.B.G.B. das Recht gibt, „nach Willkür zu schalten"? Man gelangte zu der sonderbaren Consequenz, die Veruntreuung vermengten Geldes (bezw. nach D.B.G.B. die Unterschlagung des Antheiles) für straflos, die Veruntreuung der damit für den Auftraggeber angeschafften Sache für strafbar zu erklären. Und es sollte überhaupt unmöglich sein, dass der Gesetzgeber Rechte durch das Strafgesetz einschränkt?

Das Strafgesetz operiert zwar nur mit ganz speciellen Sanctionen; es beschränkt sich jedoch nicht darauf, Normen, die bereits in anderen Gesetzen aufgestellt sind, oder gar „ungeschriebene Rechtssätze" mit Sanctionen zu versehen. Es statuiert vielmehr auch selbst erst, und zwar sehr häufig, Pflichten und damit oft subjective Rechte, die bis zu seinem Erscheinen nicht gegeben waren — eine Thatsache, die in der Literatur längst anerkannt ist. (Vgl. z. B. Wach, G. S. 1873, S. 440: „Der Staat erklärt manches Gut und Interesse erst dadurch für ein «Rechtsgut», dass er es unter Strafe stellt." Dass Wach hier nicht von subjectiven Rechten, sondern von Rechtsgütern spricht, beruht darauf, dass das Strafgesetz nach seiner Auffassung nicht subjective Rechte schafft; die Stelle genügt aber, um zu zeigen, dass Wach das Strafgesetz nicht lediglich für ein droit sanctionnateur hält.)

Mit dem gleichen Rechte, mit dem man etwa die Straflosigkeit ärztlicher Operationen damit zu begründen unternimmt: dass das Strafgesetz sie nicht verbieten könne, weil sie in anderen Gesetzen offenbar als erlaubt behandelt werden, könnte umgekehrt behauptet werden, kein Gesetz könne erlauben, was das Strafgesetz verbietet. Auch andere Gesetze als das Strafgesetz enthalten einzelne Aufstellungen secundärer Natur. Ob eine einzelne Vorschrift secundärer Natur ist oder nicht, hängt von der rein äusserlichen Thatsache ab, welches von den Gesetzen zeitlich vorausgeht. Mit der ersten Sanction ist ja die Norm erlassen, einerlei, ob ein späteres Gesetz zur Drohung mit dem Ersatze die mit der Strafe oder zur Drohung mit der Strafe die mit dem Ersatze hinzufügt. Das Strafgesetz ist nicht weniger primär, als die anderen Gesetze. Vielmehr stehen die Gesetze, was ihre Geltung betrifft — abgesehen höchstens

von den Grundgesetzen —, alle einander gleich. Es gibt nicht Gesetze höherer und niedrigerer Categorie.

Dagegen erscheint ein anderer Unterschied der Hervorhebung wert. Die Privatrechtsgesetze weisen vermöge ihres Zusammenhanges mit dem römischen Recht einen gewissen formalen Einschlag auf, der den Strafgesetzen fehlt. Wenn der Mandatar im angeführten Beispiel Miteigenthum am anvertrauten Gut erwirbt, so liegt rein formales Eigenthumsrecht vor, das sich nur darauf gründet, dass die Vermengung der Münzen eine individuelle Scheidung unmöglich macht. Keineswegs erwirbt der Beauftragte vom wirtschaftlichen Standpunkte Eigenthum; sein Vermögen wird durch den Zuwachs nicht vermehrt, denn zugleich mit dem Eigenthumsrecht spricht ihm das Gesetz die Verpflichtung zu, tantundem eiusdem generis zu leisten. Das Strafgesetz dagegen hat, indem es Vermögensdelicte aufstellt, gerade den Schutz des wirtschaftlichen Eigenthums im Auge und kümmert sich um das formale Recht nicht im Mindesten. Wer diesen in der genetischen Disparität der beiden Rechtstheile wurzelnden Unterschied im Auge behält, wird umsoweniger geneigt sein, die Vergleichung der beiden Gebiete zum Ausgangspunkt formaler Constructionen zu machen.

## § 27. 2. Recht gegen Recht.

§ 27. Recht gegen Recht.

Für Denjenigen, der das Recht als einen Complex von Beziehungen zwischen je einem Berechtigten und einem Verpflichteten ansieht — und für die theoretische Construction kommt dieser Relationscharacter allein in Betracht — enthält die Constellation: Recht gegen Recht einen unfassbaren Gedanken. Wie sollte Jemand etwa berechtigt sein, von einem Anderen einen Gegenstand zu fordern, wenn der Andere berechtigt ist, die Sache zu behalten? Man könnte sich denken, dass in Wahrheit der Eine ein subjectives Recht hat oder der Andere oder — Keiner von beiden.

Die Figur: Recht gegen Recht wurde von Berner construiert. Die bezügliche Stelle lautet in der 18. Aufl. des Lehrbuches, S. 103: „Die Straflosigkeit wegen Nothstandes trägt einen anderen Character, als die Straflosigkeit wegen Unzurechnungsfähigkeit. Sie stützt sich überdies . . . nicht immer auf dieselbe Grundlage, sondern gründet sich bald auf eine blosse Entschuldigung, bald auf ein Nothrecht." Die beiden Gründe sind nun:

a) „weil der Staat ein sittliches Heldenthum nicht bei Strafe fordern kann", b) (S. 104): „Wo die unterlassene Aufopferung eines fremden Rechtes nicht eine ungewöhnliche Sittlichkeit, sondern eine

ungewöhnliche Thorheit bekunden würde . . . ., gründet sich die Straflosigkeit nicht auf Entschuldigung, sondern auf Nothrecht. Dagegen darf nicht eingewendet werden, es gebe kein Recht gegen ein Recht: Denn alle Rechte sind bedingter Natur, bedingt durch die Möglichkeit des gesellschaftlichen Zustandes, des vernünftigen Zusammenlebens." Ihm folgen Stammler (Nothstand 1878, S. 74), H. Meyer (Lehrbuch, 5. Aufl., S. 284), R. Merkel (Kollision, S. 42, 46, Note 2), Titze (Nothstandsrechte, S. 28) u. A. Im Grunde vertritt bereits Abegg (Unters. S. 108 – 113) — offenbar im Anschluss an Hegel, zu dessen Anhängern er zählt — die Collisionstheorie; vgl. auch Goeb (Nothstand S. 25).

Dagegen bekämpft Geyer das Nothrecht (Nothwehr, S. 4): „Man schliesst, wenn man ein Nothrecht statuirt, ungefähr folgendermassen: Weil ich in Noth bin, so bin ich auch berechtigt, das Recht eines anderen anzutasten, d. h. für ihn besteht die Rechtspflicht, sich seiner Rechte von mir berauben zu lassen — ein Schluss, dessen Verkehrtheit keiner Erörterung bedarf."

Vor allem ist hervorzuheben, dass beide Constructionen, die Berner gibt, unrichtig sind. Die Handlung des in Nothstand Befindlichen ist — wie bereits ausführlich dargethan — nicht eine „entschuldigte" Handlung, sondern, wenn sie nicht mit Strafe bedroht ist, eine — vom Standpunkte des Strafgesetzes betrachtet — rechtlich irrelevante Handlung. Welche Bewandtnis es mit der Stellung zum bürgerlichen Recht hat, interessiert hier nicht.

Es ist aber weiters unzulässig, zu behaupten, dass die unterlassene Aufopferung eines fremden Interesses eine „Thorheit" bekunde. Es kann niemals eine Thorheit sein, wenn Jemand die Interessen Anderer, und seien sie noch so geringfügig, mehr achtet, als seine eigenen oder die seiner Angehörigen. Wer in solchem Falle von Thorheit spricht, der muss consequent immer von Thorheit sprechen, wenn Jemand aus moralischen Rücksichten seinen Vortheil hintansetzt. Ist die höchste Stufe der Sittlichkeit nichts als eine Thorheit, dann ist eben die ganze Moral nichts als Thorheit. Nicht eine einzige Ausnahme — so hat sich ergeben — kann die Moral begrifflich zulassen, ohne in sich selbst zusammenzustürzen. Die Moral duldet ihrem Wesen gemäss rationalistische Betrachtung nicht. Solcher Betrachtung allerdings müssten die geltenden Urtheile als Thorheit erscheinen; fusst ja doch jede moralische Beurtheilung auf der Annahme, dass der Beurtheilte in der Lage, in der er war, auch entgegengesetzt hätte handeln können. Solange man aber den moralischen Urtheilen eine überaus segensreiche Wirksamkeit zuerkennt, und solange man überzeugt ist, dass das Recht der Unter-

stützung durch das Sittengesetz nicht entrathen kann, solange kann die Frage, ob man fremde Interessen achten soll, nicht nach Art eines Rechenexempels gelöst, sondern nur durch den principiellen Hinweis auf die Forderung der Sittlichkeit beantwortet werden: Fremde Interessen sind unbedingt zu achten. Eine Abwägung ist nicht zulässig. Nicht „Thorheit", sondern tiefste naive Weisheit liegt in den Werturtheilen der Menschen: es ist die instinctive Anerkennung der unbezweifelbaren Thatsache, dass ein gedeihliches Zusammenleben nur möglich ist, wenn sich Alle beschränken, und dass es besser ist, wenn in einzelnen Fällen des Widerstreites das grössere Interesse weicht, als dass die strengen Normen der Moral fallen, und an ihre Stelle kalte Berechnung tritt, die immer geneigt ist, die eigenen Interessen höher als die fremden einzuschätzen. Als generell, social wirkende Mächte lassen die ethischen Mächte begrifflich eine Beurtheilung nicht zu, die der Betrachtung vereinzelter Erscheinungen entspringt. Das Recht allerdings kann eine solche Vollkommenheit nicht verlangen. Es misst ja auch nur mit dem Durchschnittsmaasstab und lässt eine Norm nicht ergehen, wenn sich Jemand in einer Lage befindet, in der voraussichtlich die meisten Gruppenangehörigen fremde Interessen zu achten nicht im Stande sind. Dass in solchen Fällen die Nebenmenschen den Thäter regelmässig „entschuldigen", lässt die rechtliche Straflosigkeit auch moralisch gerechtfertigt erscheinen, gibt aber keinen Grund dafür ab, dass dem Rechte die Function zugeschrieben wird, die fälschlich als objectiv rechtswidrig bezeichnete That seinerseits, rechtlich, zu „entschuldigen."

Weiters identificiert Berner an der citierten Stelle Erlaubnis und Recht. Was aber einer Entschuldigung nicht bedarf, ist deswegen noch kein Recht, sondern eben nur rechtsfreies Dürfen. Auch Stammler, der sich auf Berner beruft (Nothstand, 74), sagt schlechthin: „Es gibt ein Recht des Nothstandes, ebenso wie ein Recht der Nothwehr, und es ist nicht rechtswidrig, sondern dem Rechte gemäss . . .". Rechtsgemäss und Recht sind aber verschiedene Dinge. von Blume allerdings (Krit., V. S., Bd. XXXVIII, S. 201) meint: „Rechtmässiges Interesse ist doch nur ein anderes Wort für Recht im subj. Sinn." Es mag dahin gestellt bleiben, ob diese Terminologie die herrschende, und ob sie empfehlenswert ist. Tritt man ihr bei, so liegt eben der gerügte Irrthum bereits im Wort „rechtmässig". (Der Identificierung von Recht und Dürfen redet R. Merkel nicht das Wort; er gibt vielmehr ausdrücklich zu, dass Erlaubnis und subjectives Recht ver-

schiedene Begriffe sind [Kollision 35]. Zum „Nothrechte" gelangt Merkel aus anderen Erwägungen.)

Vollends wirft Berner mit seiner Begründung — und dasselbe thut Rümelin (Schadenszurechnung, S. 38) — selbst die zu begründende Construction: „Recht gegen Recht" um. Denn gerade die Aussage: „alle Rechte sind bedingter Natur" gesteht zu, dass das Recht nur Situationsrecht ist, dass die subjectiven Rechte nicht constant, dauernd, unbekümmert um die Beziehungen des „Berechtigten" zu anderen Menschen, gegeben sind. Der im Nothstand Befindliche begeht eben eine Rechtsverletzung nicht, weil das Recht des Betroffenen gerade vermöge der relativen Natur alles Rechtes weicht, oder besser gesagt: weil der Gesetzgeber hier ein Recht nicht schafft, da er dem Gefährdeten nicht die Pflicht zulegt, das „Eigenthum" des Betroffenen unangetastet zu lassen. Und eine Pflicht besteht deshalb nicht, weil der Gesetzgeber eine Norm nicht erlässt. Und da ein Recht des betroffenen Dritten nicht besteht, ist es auch gar nicht nothwendig, dem Gefährdeten ein subjectives Recht zu dem Zwecke zuzubilligen, damit er das entgegenstehende — in der That gar nicht existierende — Recht „überwinden" könne. Dass dem Gefährdeten ein subjectives Recht dadurch nicht erwächst, dass dem Inhaber der Sache, auf die eingewirkt werden könnte, ein subjectives Recht nicht zuerkannt wird, ist klar. Dem Dritten müsste erst die Pflicht auferlegt werden, die Einwirkung zu dulden. Da aber, wie festgestellt wurde, Pflichten nur in gewissem Ausmaasse auferlegt werden können, und der Gesetzgeber nicht die Möglichkeit hat, die Strafdrohungen ins Ungemessene zu schärfen, weil einem geringfügigen Delicte, soll das Gesetz gerecht erscheinen, nur geringe Strafe folgen kann, und da man mithin nicht jedem Gefährdeten schon dann ein subjectives Recht zuerkennen kann, wenn er einem „qualitativ, bzw. quantitativ" kleineren Interesse gegenübertritt, erscheint die Collisionstheorie — von zahlreichen anderen Bedenken abgesehen (vgl. auch oben S. 329) — in dem von Stammler befürworteten Umfange kaum haltbar.

An Stelle der Figur: „Recht gegen Recht" lässt sich, ohne dass der juristischen Qualification der beiderseitigen Handlungen präjudiciert wird, einfach „Collision von rechtlichen, d. h. Durchschnittsinteressen" setzen. von Blume geht zu weit, wenn er (l. c. 202) von einer Collision von Interessen beim Nothstande deshalb nicht sprechen will, weil „das gesammte Recht nur den Ausgleich widerstreitender Interessen darstellt". Gewiss ist das ganze Recht „Collisionsrecht", und gewiss bezieht es sich wesentlich nur auf menschliche Interessen. Die Besonderheit der Nothstandssitua-

tion besteht aber darin, dass in ihr Interessen nicht geschützt werden, die das Recht sonst regelmässig gegen bewusste Eingriffe von Menschen schützt, während es sich in den anderen Fällen um Collisionen legaler und illegaler Interessen handelt.

## § 28. 3. Handlung und Ersatzpflicht.



Seit Bindings Ausführungen über Strafe und Ersatz (Normen, I, S. 288 ff., 436 ff.) ist es herrschende Meinung, die beiden Rechtsinstitute seien „etwas total Verschiedenes" (Jung, Delikt, 96). Hatten noch Kierulff, Ihering, A. Merkel und Heinze der Identität das Wort geredet, so scheidet man jetzt den „Ersatz" aus dem Kreise der Folgen pflichtwidriger Bethätigung aus. Man schliesst nicht mehr mit Bekker (Theorie, I, S. 108): „Auch der Wahnsinnige, der seine Schulden nicht bezahlt, begeht ein Civilunrecht, ebenso wer bona fide in den Besitz der fremden Sache gekommen ist und ex iusta causa sich für den Eigenthümer hält. Beide werden von Staatswegen gezwungen, die durch sie bewirkte Rechtsverletzung wieder aufzuheben." Vielmehr vertritt Löffler (Z., Bd. XXI, S. 562) die herrschende Ansicht: „Die Schadenersatzpflicht ist weder die charakteristische Unrechtsfolge, noch ist sie ihrem Wesen nach eine Unrechtsfolge; nur in einigen Fällen ist sie es." (Vgl. auch Wach, G.S. 1873, S. 449, Thon, Rechtsnorm, 99, Merkel, Enc., § 695, v. Tuhr, Nothstand, 133, Note 4, Titze, Nothstandsrechte, S. 7, Endemann, Lehrb., 8. Aufl., Bd. I, 2. Theil, S. 429). Stellt man solcherart den Ersatz unabhängig von einem Verschulden, dann hat man nicht, wie noch Hälschner that, nothwendig, irgend eine Rechtswidrigkeit zu construieren, aus der man eine Ersatzpflicht deducieren kann. Und dann entfällt auch jeder Grund, die zum Ersatz führende Handlung gegen die Strafdrohung durch einen Schuld- oder Strafausschliessungsgrund zu decken.

Wohl kaum hat eine principielle Lehre der Rechtswissenschaft eine so gründliche Umwälzung erfahren, als die Theorie des Schadenersatzes. Seitdem Pfaff (Grünhut, Bd. VIII), im Gegensatz zu Jhering's „Schuldmoment", die Haftung ohne Verschulden der Schuldhaftung zur Seite gestellt hat, fand sich die Theorie genöthigt, zu den im Ö.B.G.B. aufgestellten und sich späterhin rasch mehrenden Fällen der blossen „Erfolghaftung" Stellung zu nehmen. Sie wurde hierzu nicht in letzter Linie durch die Praxis der Gerichte gedrängt, die in sichtlichem Widerspruch mit den gesetzlichen Bestimmungen von Verschuldung bei Handlungen sprach, die gewiss

nicht schuldhaft waren: einzig aus dem Grunde, um zur Ersatzleistung verurtheilen zu können.

Indem die Gesetze solche Haftpflicht an die verschiedensten Voraussetzungen knüpften, giengen sie lediglich darauf aus, practische Bedürfnisse zu befriedigen und einer Aenderung der Anschauungen Rechnung zu tragen; sie folgten hiebei keineswegs der Theorie, die ihrerseits nur allmählich von den neuartigen Bestimmungen Notiz nahm. Und so kann es nicht Wunder nehmen, dass die Fälle der Haftung ohne Verschulden einer Systematisierung widerstreben. Die Versuche, sie auf einen einheitlichen Gesichtspunkt zurückzuführen, können als gelungen nicht bezeichnet werden. Wie man das „rohe Veranlassungs- oder Verursachungsprincip" und das gemilderte Schuldprincip (der Geschädigte ist „noch unschuldiger" als der Schädiger) bald aufgegeben hatte, so erkannte man, dass auch die Principien des „activen Interesses", des Handelns auf „eigene" und „fremde Gefahr", der „Vermögensausgleichung" und „Schadensüberwälzung", endlich der „Haftung für die eigene Individualität" und für das „Ungewöhnliche" — wenn auch alle diese Principien gewiss wichtige Gesichtspunkte enthalten — doch nicht geeignet waren, alle Fälle auf einem gemeinsamen Boden zu versammeln (vgl. bes. Bähr, Jahrb. für Dogm., Bd. XXIV, S. 407, E. Löning, Haftung des Staats, S. 94, Unger, Eigene Gefahr, 2. Aufl., S. 6, 131, Derselbe, Fremde Gefahr, Jher. Jahrb., Bd. XXXIII, N. F., Bd. XXI, S. 63 [cit. a. S. A.], Mataja, Schadenersatz, Strohal, Gutachten, S. 149, Steinbach, Ersatz von Vermögensschäden, S. 353). Waren sich schon diese Schriftsteller selbst wohl bewusst, dass es heterogene Fälle seien, die man kurz als Erfolghaftung u. dgl. bezeichnete, so lieferte Rümelin (Schadenszurechnung, bes. S. 70) den schlagenden Beweis hiefür. Besonders treffend aber hob er hervor, dass man zu bedenklichen Resultaten gelangt, wenn man den einen oder den anderen der Gesichtspunkte consequent durchführen will. Gegen die allzuweite Ueberspannung trat, Unger (eigene Gefahr, S. 131) folgend, insbesondere Jung (Delikt 97) auf, indem er das Verschuldungsprincip in die Position, aus der man es ganz zu verdrängen drohte, wieder einsetzte: „Das, was Schadenersatz und Strafe, bei aller Wesensverschiedenheit, miteinander gemeinsam haben, und was darum der Grund ist ihrer Parallelität in ihrer historischen Entwicklung, ist der Begriff der Schuld; die Schuld, der Grundbegriff des Strafrechts, ist zugleich im Schadenersatzrecht von der allerhöchsten Bedeutung; sie ist der typische persönliche Anknüpfungspunkt der Ersatzpflicht, die »persönliche Beziehung« *κατ' ἐξοχήν*." Damit tritt die Haftung ohne Verschulden der Schuldhaftung wie

die Ausnahme der Regel zur Seite. Demnach wäre aber auch principiell gerechtfertigt, aus der Thatsache, dass eine Handlung zu einer Ersatzpflicht führt, nach rückwärts aus der Ersatzpflicht auf die Rechtswidrigkeit, d. h. eben Pflichtwidrigkeit der Handlung zu schliessen. Solcher Schluss wäre nur aus gewissen singulären Gründen in manchen Fällen verwehrt. Solche Folgerung zu ziehen, erscheint aber in mehrfacher Hinsicht bedenklich:

a) Gerade deshalb, weil es nicht gelang und vielleicht auch nicht gelingen konnte (v. Degenkolb, Schadenersatz 75), die Fälle der Haftung ohne Verschulden einem einheitlichen Gesichtspunkt unterzuordnen, erscheint es nicht zulässig, alle die verschiedenen Leistungspflichten unter dem Ausdrucke Ersatzpflicht zusammenzufassen und einheitlich zu behandeln. Wenn man die Ersatzpflicht in einzelnen Fällen von der Unterlage eines schuldhaften Willens oder eines Willens überhaupt ablösen kann, so darf man sie um deswillen doch nicht in allen Fällen, principiell, gänzlich isoliert stellen. Und nur zu leicht verleitet solche Isolierung, den „Ersatz" als secundäre mit dem „Ersatze" als primärer Leistungspflicht zusammenzuwerfen. Einer bedenklichen Verwirrung fiel in dieser Hinsicht Windscheid (Pandekten II, 1003) zum Opfer, indem er, das Verschuldungsprincip in das Gebiet der primären Leistungspflicht einbringend, erklärte, dass aus der Verpflichtung des unehelichen Vaters zur Leistung von Alimenten auf die Unrechtmässigkeit des Zeugungsactes geschlossen werden müsse — eine Behauptung, die sich bereits dadurch erledigt, dass man mit demselben Rechte auch die Rechtswidrigkeit der ehelichen Zeugung ableiten könnte, da ja auch der eheliche Vater in Pflichtverhältnisse zu seinen Kindern tritt. Ja der Act der Eheschliessung selbst müsste nach solcher Lehre rechtswidrig sein.

b) Es geht auch nicht an, aus der Auferlegung einer Ersatzpflicht schlechthin zu schliessen, dass das Gesetz den Eintritt der Handlung oder des Ereignisses „nicht will", also verbietet, dass also die Handlung oder die Ereignung rechtswidrig ist. Denn das Recht kann nur an zurechnungsfähige Menschen und nur bezüglich zurechenbarer Handlungen, bezw. Unterlassungen Normen richten. Zudem handelt es sich gerade im Bereiche der Haftung ohne Verschulden häufig darum, dass das Recht die Ersatzpflicht an Handlungen knüpft, die es aus irgendwelchen Gründen nicht verbieten kann. Treffend sagt Merkel: „Das Recht kann nicht alle Handlungen . . . verbieten, welche mit Gefahren . . . für andere verbunden sind . . .; an Stelle des Verbotes solcher Handlungen . . . lässt das Recht . . . vielfach ein Gebot nachträglicher Ausgleichung des . . . Schade treten" (Encykl., § 687.)

c) Vollends aber ist es unzulässig, aus der Auferlegung einer Pflicht zur Ersatzleistung zu schliessen, dass das Recht den Zustand nicht will, der durch die zur Ersatzleistung führende Handlung oder Ereignung hervorgebracht wurde, dass dieser Zustand vom Rechte als ein „ihm widersprechender beseitigt" werde (Hertz, Unrecht 9), rechtswidrig sei. Rechtswidrig, bezw. pflichtwidrig können vielmehr immer nur Handlungen und Unterlassungen von Menschen sein. Gerade die in der Literatur so beliebte Construction der Rechtswidrigkeit eines Zustandes (z. B. Thon, Rechtsnorm, S. 13, Note 30, Sjögren, l. c. S. 377, Rümelin, Schadenszurechnung, S. 2) ist die Folge davon, dass man bei der Feststellung des subjectiven Rechtes die Relationsnatur des Rechtes übersah und das Recht in die Objecte projicierte. (Siehe unten § 33.)

Bethätigungen von Unzurechnungsfähigen und von Thieren könnte man nur dann als vom Gesetzgeber „nicht gewollt" ansehen, wenn diese zu einer Ersatzpflicht führenden Ereignungen in pflichtwidriger Handlung oder Unterlassung, etwa der Aufsichtsperson, des Eigenthümers usf. ihre Ursache hatten. Aber auch in diesen Fällen könnte strenge genommen nicht von einem Nichtgewolltsein der unzurechenbaren Bethätigung, sondern nur des pflichtwidrigen Verhaltens des Dritten die Rede sein.

Es empfiehlt sich überhaupt nicht, aus der Ersatzpflicht nach rückwärts auf die juristische Qualification der in sie ausmündenden Handlung zu schliessen; denn solcher Schluss hätte keinen Nutzen, da ja die Praedicierung der Handlung gerade einen Anhaltspunkt für das Haftbarmachen des Handelnden gewähren soll. Ueberdies könnte der Schluss immer nur dann zutreffen, wenn eine Verpflichtung des Handelnden gegeben war; solche Verpflichtungen könnten aber — wenigstens in vielen Fällen — auch ohne einen Hinweis auf die Auferlegung einer Ersatzpflicht angenommen werden.

Hat man einmal erkannt, dass die Fälle der „Ersatzpflicht" auf verschiedene Gesichtspunkte zurückzuführen sind, dass insbesondere die Schuldhaftung und die Haftung ohne Verschulden — wie sich Binding (Normen, I, 436), wohl etwas zu weitgehend, ausdrückt —: „Todfeinde und nicht Genossen" sind, dann darf man, wie bereits betont, unter „Ersatz" nicht die heterogensten Rechtsinstitute zusammenfassen und solches Conglomerat der Strafe gegensätzlich gegenüberstellen; der Strafe, die wesentlich Folge pflichtwidriger Bethätigung ist, darf vielmehr auch der Ersatz nur in seiner Form als Delictsfolge coordiniert werden.

Dass auch die Naturalrestitution und der Ersatz vielfach in unzutreffender Weise zusammengeworfen werden, und dass es ins-

besondere nicht angeht, den Ersatz nur als Surrogat der Rückstellung in Natur zu betrachten, dass die Nebeneinanderstellung vielmehr zu lauten hat: Strafe, Reparation und Vertragserfüllung, hat v. Degenkolb in überzeugender Weise dargethan (Schadensersatz, S. 16 ff.) Hat man ferner die Strafe vom praeventiven Standpunkte als Vollzug der Drohung erfasst, dann muss die Vergleichung auch den Ersatz unter diesem Gesichtswinkel betrachten.

Gerade weil die Untersuchung Bindings, so eingehend sie gehalten ist, nicht genügend in die Tiefe dringt, indem sie die praeventive Natur alles Rechtes gänzlich übersieht, gelangt sie zum Resultate: „Die Strafe und der Schadenersatz in allen Fällen seines Vorkommens — man sieht: die „Todfeinde" geben sich ein Stelldichein — stehen im Dienste gänzlich verschiedener Zwecke" (Normen I, 466). Es ist aber klar: wenn das Recht begrifflich, also in allen seinen Rechtsinstituten, den Zweck verfolgt, die Interessen der Menschen zu schützen, so müssen sich auch Strafe und Ersatz auf dem Boden des Interessenschutzes einfinden, können also nicht „gänzlich verschiedenen Zwecken dienen", sondern höchstens verschiedene Formen darstellen, die dem Rechtszwecke dienstbar gemacht werden.

Freilich hat Binding Recht, wenn er meint, dass Strafe und Ersatz nicht identisch sind. Es ist vielmehr, wie dargethan, noch zu fragen, welche Merkmale zu dem Merkmal: Vollzug der Drohung hinzutreten müssen, damit man von Ersatz und Criminalstrafe usf. sprechen kann. Die Verschiedenheit dieser Merkmale gibt dann eben die Abgrenzung der Institute. Fasst man, wie es einzig richtig ist, die praeventive Natur des Rechtes ins Auge, dann ist es auch nicht „schwer einzusehen, wie die Willensseite des Delikts zu der Ehre kommt, die civilistische Verantwortlichkeit zu begründen" (Normen, I, 448); und hält man die nicht in die Vergleichung gehörigen Fälle der Haftung ohne Verschulden, welche eben primäre, nicht secundäre Leistungspflicht ist, ferne, so kann man auch nicht sagen: „die Ersatzverbindlichkeit ist nicht bestimmt als Uebel für den Ersatzpflichtigen zu wirken" (S. 452). Dass die Ersatzklage auch wider die Erben gerichtet werden kann, beweist für „die Abwesenheit ihres Strafcharakters" nichts, da häufig genug auch die Geldstrafe nach dem Tode des Verurtheilten vollstreckt wird. Und selbst, wenn sie der Verurtheilte selbst zahlt und dadurch seinen Nachlass schmälert, kann man mit Binding fragen: „was hat der Erbe verbrochen?" Dass die Ersatzklage auch gegen den „unzurechnungsfähigen Delinquenten" angestellt werden kann, dass der Ersatz nicht in eine Strafe verwandelt wird, „wenn sich das Gut beim Delinquenten nicht vorfindet", dass „das Strafgesetz bei Be-

rechnung der öffentlichen Strafe den geleisteten oder nicht geleisteten Ersatz in Betracht nehmen müsste, wenn der Ersatz Strafe wäre" — was ja in der That häufig geschieht —, beweist nur, dass nicht jeder „Ersatz" Vollzug der Drohung ist, und dass Strafe mit Ersatz nicht schlechthin identisch ist. Eine solche Behauptung wurde aber, da die Unterschiede doch vor Aller Augen liegen, niemals aufgestellt, selbst dann nicht, wenn ausdrücklich von „Identität" gesprochen wurde. Man ficht mit Windmühlen, wenn man den Beweis antritt, dass der Schadenersatz nicht Geldstrafe ist. Auch Hertz übersieht, dass es sich nicht um völlige Identität der beiden Rechtsinstitute handelt: „Mit dem gleichzeitigen Auftreten beider ist die Behauptung ihrer wesentlichen Gleichheit schlechterdings unvereinbar. Existiert diese Gleichheit, so muss die Strafe den Schadensersatz absorbieren, kann ihn aber nicht neben sich dulden." (Unrecht, 25.) Warum müsste nicht umgekehrt der Schadensersatz die Strafe absorbieren? Und wie könnte eine und dieselbe Handlung Strafe und Ersatz nach sich ziehen, wenn sie einander als unversöhnliche Gegner gegenüberständen? Mit der Construction des „Rechts auf Botmässigkeit" fällt auch das Argument: „Wäre der Schadenersatz Strafe, so könnte er nur in der Uebertretung des öffentlich-rechtlichen Verbotes, d. h. eben im Delikte selbst seinen Grund haben. Er ist aber nicht Strafe . . . . Der Geschädigte klagt aus der Verletzung seines Vermögensrechtes und (?) seines Vermögens, also regelmässig aus der Verletzung seines Privatrechtes, unmöglich aber auf Grund der Verletzung des öffentlichen Staatsrechtes auf Botmässigkeit." (Normen I, 457.)

Binding führt sich denn auch selbst ad absurdum, wenn er von der Leugnung aller privatrechtlichen Normen — und daher implicite auch aller privaten Pflichten und Rechte — ausgehend den Satz aufstellt: „Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass bei den sogenannten Deliktsobligationen die freie (?) Handlung des Schädigers allein (!) es ist, welche ihn obligiert." (S. 460.) Sollte mit diesen Worten gemeint sein, dass eine Obligation auch entstände, wenn das Gesetz schwiege? Oder sollte die Stelle besagen, dass das Verbrechen, zum Unterschied vom Civildelict, die Delictsfolge nicht „allein" begründe? Und was soll vollends die Behauptung: Der Delinquent „obligiert sich selbst", er schliesst eigentlich einen Vertrag, und zwar einen „Quasicontrakt" (S. 460, 462)? Wie könnte sich denn Jemand unfreiwillig selbst verpflichten und eben hierdurch einen Vertrag schliessen? Mit wem contrahiert denn der Dieb? Dass Binding hiebei selbst zugibt, dass der Begriff des Quasicontractes durchaus unklar ist, lässt die Lösung umso bedenklicher erscheinen;

zumal, da sich jetzt erst die Frage erhebt: Aus welchem Rechtsgrunde bindet der Vertrag?

Es ist nicht recht erklärlich, warum sich Binding „peinlich berührt" fühlt (S. 276, Note 17), wenn Merkel Strafe und Ersatz auf eine gemeinsame Grundlage stellt. Freilich übersieht auch Merkel, dass erst die präventive Betrachtung die Connexität der Begriffe scharf hervortreten lässt; wer beide nur als „Gegenwirkung" auffasst (Encykl., § 281 ff.), dem ergibt sich eine Grundlage, auf der die Klarstellung der beiden Begriffe und die Fixierung der trennenden Merkmale unternommen werden könnte, nicht. Man könnte das Abgrenzungscriterium nicht darin finden, dass die Strafe einen psychischen, der Ersatz einen materiellen Ausgleich bewirkt. Denn gewiss bringt auch der Ersatz des Schadens eine psychische Ausgleichung, und wohl oft genug in noch höherem Maasse als die Strafe mit sich. Sollte denn etwa die Geldstrafe, die der Thäter einem Anderen als dem Verletzten — dem Staate oder einem Fonds — zahlt, dem Geschädigten mehr Genugthuung verschaffen, als der Ersatz in seine eigene Hand?

Der Gedanke, dass die Verschuldung in erster Linie die Quelle ist, aus der Ersatz und Strafe entspringen, wird im Strafrechte insoferne übertrieben, als man die Verschuldung als das für die Strafe, bezw. die Höhe der Strafe einzig maassgebende Moment ansieht, indem man eine Haftung für den Mehrerfolg einer Handlung nur dann eintreten lassen will, wenn bezüglich des Mehrerfolges Fahrlässigkeit gegeben ist — eine Auffassung, die consequenterweise die völlige Gleichstellung des Strafmaasses fordern müsste, ob die That vollendet wurde oder beim Versuche stehen blieb (Lit. bei v. Liszt, Lehrbuch 163, Note 8).

Da im Strafrechte der Gedanke der Prävention stets schärfere Betonung fand, als im bürgerlichen Rechte, kann es nicht wundernehmen, dass die Criminalisten die abhaltende Function der Ersatzdrohung hervorheben. So sagt Oetker (Z. Bd. XVII, 515): „Jedenfalls enthält die gesetzliche Fixierung der Ersatzpflicht eine Drohung. Und jedenfalls wird dabei die Wirkung der Generalprävention mitbezweckt" (auch Merkel Encykl., § 281 ff., Thomsen, Bekämpfungsmethoden, S. 135, besonders aber v. Liszt, Deliktsobligationen, S. 1).

Gerade aber im Bereiche der Haftung ohne Verschulden erkennen auch Schriftsteller des Privatrechtes die präventive Natur der civilistischen Haftpflicht an: Mataja (Schadensersatz, S. 42), R. Merkel (Kollision, S. 177), Unger (Handeln auf eigene Gefahr, 2. Aufl., S. 89).

Ueber der Function des Ersatzes, die Vermögenslage zwischen Schädiger und Beschädigtem „auszugleichen", darf der präventiven Function, welche die Auferlegung der „Reparationsverbindlichkeit" in allen Fällen, in denen sie sich als Folge pflichtwidriger Bethätigung darstellt, begriffsnothwendig — wenn auch natürlich nicht als das einzige Merkmal — mit sich führt, nicht vergessen werden.

Dass der „Ersatz", der nach schuldloser Beschädigung geleistet wird, nicht immer präventive Wirkung hat oder wenigstens nicht in erster Linie praeveniendo zu wirken bestimmt ist, ist zweifellos. Damit steht aber nicht etwa, wie es auf den ersten Blick scheinen könnte, im Widerspruch, wenn dem Rechte auf allen seinen Gebieten generell-präventive Function zugesprochen wird. Das aus den Begriffen der Norm und des Interessenschutzes abgeleitete Merkmal stellt nur ein formales Princip dar, das über den Inhalt, den Zweck der einzelnen Normen gar nichts aussagt. Legt man dem Rechte die Tendenz bei, die wirtschaftlichen Gegensätze im Kreise der Staatsbürger auszugleichen oder wenigstens in manchen Fällen in Rechnung zu stellen, so hebt man damit eine inhaltliche Seite des Rechtes hervor. Die Betonung der Praeventions-Natur des Rechtes behauptet keineswegs, dass alle Imperative des Rechtes — was zu behaupten durchaus absurd wäre — secundäre Normen seien, dass jede Norm, die ergeht, nur die Sanction in Vollzug zu setzen berufen sei, die eine zeitlich vorausgegangene pflichtwidrige Bethätigung hätte verhindern sollen; sie besagt lediglich, dass jede Statuierung einer Pflicht eine Sanction mit sich führt, die nach der Absicht des Gesetzgebers durch ihr Wirken in der Vorstellungswelt des Betroffenen pflichtwidrige Bethätigung hintanhalten soll.

Die Function des Rechtes, die Interessen zu schützen, und die Thatsache, dass der Schutz der Interessen gerade darin besteht, dass der zur Verletzung Disponierte von der Verletzung abgehalten wird, wird von der Normentheorie gänzlich übersehen. Man darf nicht schlechthin sagen: „Die Strafe soll eine Wunde schlagen, der Schadenersatz eine andere heilen, wenn möglich ohne eine zweite zu verursachen" (Binding, Normen I, S. 288). So sicher es ist, dass sich kein Rechtsinstitut darin erschöpft, „Wunden zu schlagen", so sicher ist es, dass der Ersatz als Delictsfolge nach der Absicht des Gesetzgebers von pflichtwidriger Bethätigung abhalten soll. Nur durch die verhängnisvolle Construction, wonach alle Normen dem öffentlichen Rechte angehören (S. 97), wonach es also im Privatrechte überhaupt Normen nicht gibt, wird Binding zu dem Satze gedrängt: „das Civilunrecht ist zweifellos keine Verletzung

von Gehorsamsrechten" (S. 59, Note 11). Es ist zu fragen: Will denn der Gesetzgeber nicht, dass der Schuldner dem Gläubiger Zahlung leiste? Ist der Schuldner nicht ungehorsam, wenn er die Verträge nicht einhält; handelt er da nicht pflichtwidrig? Und ferner: wie sollte ohne Norm eine privatrechtliche Pflicht entstehen? Es gibt wohl kaum eine bedenklichere Vorstellung, als welcher Titze (Nothstandsrechte S. 5) Worte leiht: „Die rechtswidrige Handlung, soweit sie sich nur (!) als Verletzung eines subjectiven Privatrechtes darstellt, ist als solche noch nicht «verboten»". Als wenn das subjective Privatrecht nicht gesetzlich statuiert wäre, und als ob es möglich wäre, das objective Recht zu „verletzen", ohne dass — soweit formale Construction in Betracht kommt — einem subjectiven Rechte zuwidergehandelt wird!

Wie es nicht angeht, jedes Verbrechen als wesentlich nur gegen das objective Recht und bloss beiläufig gegen menschliche Interessen gerichtet zu denken, so ist es auch unzulässig zu leugnen, dass der „Ersatz" — wenigstens in vielen Fällen — abhaltende Function übt. Auf den zum Diebstahl Disponierten wirkt das Bewusstsein, das gestohlene Gut wieder zurückgeben zu müssen, mindestens ebenso abhaltend, wie die Furcht vor Strafe. Wäre er sicher, die entwendete Sache behalten zu können, so hätte die Strafdrohung oft keinerlei Wirkung, wie etwa in allen Fällen, wo dem Thäter die Freiheitsstrafe erwünscht ist. Und es ist Tausend gegen Eins zu wetten, dass es heute zahlreiche Existenzen gibt, die mit Vergnügen bereit sind, einige Jahre im Zuchthause zu verbringen, wenn sie wissen, dass sie sich damit den lebenslänglichen ungestörten Genuss geraubten Vermögens sichern.

Nicht die Lehre: „Der Ersatz ist keine Deliktsfolge" (Normen I, 437), „kann allein den Grund- und Eckstein einer privatrechtlichen Ersatztheorie bilden", sondern lediglich die gehörige Trennung der total verschiedenen Rechtsinstitute, die Binding alle als „Ersatz" zusammenfasst, sowie die Anerkennung, dass der Ersatz als Delictsfolge wesentlich Vollzug der Drohung ist. Und nun erst ist zu fragen: Warum fixiert der Gesetzgeber nicht alle Drohungen (z. B. die Strafe) in der Weise, dass ihre Realisierung dem Geschädigten selbst zu gute kommt? Warum macht er aber den Vollzug in vielen Fällen dem Geschädigten dienstbar (Ersatz, Naturalrestitution, Vertragserfüllung)? Jetzt erst öffnet sich der Gegensatz zwischen den Delictsfolgen: Ersatz, Naturalrestitution u. s. f., und zwischen den Delictsfolgen aller Art, die als Strafe (Criminal-, Disciplinar-, Muthwillens-, Polizeistrafe u. s. f.) bezeichnet werden (vgl. oben S. 242 f.). —

Endlich ist vor einer Confundierung zu warnen.

Es könnte auf den ersten Blick den Anschein haben, dass Derjenige, der die „objective Rechtswidrigkeit" verwirft, auch die Haftung ohne Verschulden negiert. Man drückt sich oft, wenn man sagen will: Es gibt eine Haftung ohne Verschulden, kurz in der Weise aus, dass man erklärt: Es gibt eine objective Rechtswidrigkeit. So sagt z. B. Pfaff (Gutachten, S. 11): „Die Gründe der Ersatzpflicht, die jetzt gezwungen werden, sich in den sie nicht fassenden Mantel der Verschuldung zu hüllen, werden in ihrer Reinheit hervortreten, und das vielbestrittene schuldlose (objective) Unrecht in klaren Umrissen als Grund der Entschädigungspflicht zu Tage kommen", was eben nichts anderes besagen soll, als: „dass eine Ersatzpflicht nicht nur durch Verschulden entstehen kann." Was Pfaff hier erklären will, ist gewiss durchaus richtig: Es gibt eine Haftung ohne Verschulden. Doch scheint die Ausdrucksweise nicht unbedenklich zu sein. Vor allem gibt sie Anlass zu Missverständnissen, weil das Wort: objectives Unrecht in den verschiedensten Bedeutungen gebraucht wird. So glaubt z. B. Löffler (Z., Bd. XXI, S. 563, Note 57), wenn er diese Stelle citiert, sagen zu dürfen: „Ich bin in voller Uebereinstimmung mit Pfaff." Löffler übersieht hiebei, dass er von einer ganz anderen Art des objectiven Unrechtes spricht. Pfaff würde gewiss nicht beistimmen, wenn erklärt wird (S. 562) — und gerade bezüglich dieser Auffassung soll die „Uebereinstimmung" vorliegen: — Die Schadenersatzpflicht ist nur „dort Unrechtsfolge, wo sie nach Erwägung aller Umstände als ein Symptom dafür dienen kann, dass die Rechtsordnung den Eintritt jenes Thatbestandes . . nicht will . .; das ist . . auch der Fall bei einigen Haftungen ohne Verschulden. Wenn das österreichische A.B.G.B. im § 1310 unter gewissen Voraussetzungen den Unzurechnungsfähigen die Schadenersatzpflicht auferlegt; wenn das deutsche B.G.B. in § 829 dieses Beispiel befolgt und in § 883 bestimmt, dass, wer ein Tier hält, für den Schaden haftet, den dieses stiftet, so kann das wohl in Anbetracht aller begleitenden Umstände nur auf der Voraussetzung beruhen, dass das Recht den Eintritt dieser Thatbestände nicht will, dass dieser Schade, der gebessert werden muss, gegen das Recht erlitten worden ist." Pfaff würde dieser Stelle gewiss nur insoweit beistimmen, als das Nichtgewolltsein seitens des Gesetzgebers eingeschränkt würde auf zurechenbare Willensbethätigungen von Menschen. Denn nur Handlungen und Unterlassungen kann das Recht „nicht wollen"; Löffler scheint aber gerade die Rechtswidrigkeit des Zustandes, „der gebessert werden muss", im Auge zu haben, wie sich dies aus seiner ganzen Auffassung des objectiven Unrechtes ergibt (siehe

hierüber unten § 33). — Die Ausdrucksweise Pfaffs hat offenbar auch Hasenöhrl (Obligationenrecht, Bd. II, S. 145) irre geführt. Glaubte sich Löffler auf Pfaff berufen zu dürfen, wenn er lehrt, dass es eine nichtdelictische Rechtswidrigkeit gebe, so vermeint Hasenöhrl umgekehrt hervorheben zu müssen: „Eine nicht widerrechtliche Handlung wird auch dann nicht zum Delicte, wenn aus ihr eine Pflicht zum Schadenersatze entsteht" — ein Satz, der so richtig ist, dass ihm Pfaff gewiss beistimmt; Hasenöhrl nimmt aber an, dass Pfaff das „objective Unrecht" mit „Delict" identificiert.

Allerdings lassen sich die Schriftsteller des Privatrechtes, gerade weil eine Haftung ex delicto in ihrem Gebiete nur eintritt, wenn ein Schade entstanden ist, leicht verleiten, eben dann von Rechtswidrigkeit zu sprechen, wenn solcher Schade eingetreten ist. Nur für das Privatrecht, nicht für das gesammte Rechtsgebiet kann Geltung beanspruchen, wenn Krainz (System, I, 3. Aufl., S. 370) erklärt: „Die wesentlichen Erfordernisse einer widerrechtlichen Handlung sind: 1. fremder Schade." Auch eine Versuchshandlung, die keinerlei Schaden stiftet, ist widerrechtlich — besser: pflichtwidrig —, ja sogar eine straflose Versuchshandlung, die als solche keinerlei Delictsfolge nach sich zieht, ist, wie oben § 18 dargethan, ein „Unrecht", ein Delict.

Es ist nicht richtig, wenn man Schadensstiftung und Rechtsverletzung identificiert. „Schade und Rechtsverletzung, Schadensverfolgung und Rechtsverfolgung sind von einander unabhängige Begriffe." (v. Degenkolb, Schadensersatz, 52). Solche Verwechslung kann in verschiedenen Ursachen gründen. Sie beruht theilweise darauf, dass man, wie Binding (Normen, I, 301), die „praktische Seite" hervorhebt, oder dass man den „Zustand" als rechtswidrig auffasst, oder dass man Interesse und Recht, Sache und Recht identificiert — durchaus objectivierende Vorstellungen —, oder, wie Pfaff, statt des Wortes „objectiver Thatbestand" den Ausdruck „objectives Unrecht" gebraucht (siehe hierüber unten § 33). In Wirklichkeit sind Haftung ohne Verschulden und objectives Unrecht ganz und gar verschiedene Dinge. Man kann die erstere anerkennen und das letztere leugnen. Freilich hat Merkel zur Zeit, als Pfaff seine Abhandlung: Zur Lehre von Schadenersatz u. s. f. (Grünhut, Bd. VIII) schrieb, noch daran festgehalten, dass es eine Haftung ohne Verschulden nicht gebe; und es ist ganz richtig, wenn Pfaff erklärt: (S. 703, Note 222): „Die namentlich von Merkel mit Energie vertretene Auffassung, es schliesse das Unrecht das Merkmal der Zurechenbarkeit in sich ein, oder es gebe überhaupt nur ein gewolltes Unrecht, wird dem-

nach von unseren Redactoren mit Bewusstsein abgelehnt. Vielmehr geht das b. G.B. im Einklang mit dem Sprachgebrauch von jenem Standpunkt aus, den Heyssler . . . vertritt. Darnach bezeichnet Civilunrecht die thatsächliche Verrückung des concreten Rechtsbestandes." Es soll davon abgesehen werden, dass Pfaff die Ansicht Heysslers, der — unrichtiger Weise — das Unrecht lediglich auf die äussere Handlung, bezw. die Verschiebung der Objecte im Raume bezieht, vielleicht nicht so ganz theilt. Gewiss ist aber — und das konnte damals Pfaff eben nicht wissen —, dass Merkel später die Haftung ohne Verschulden anerkannte, ohne seinen Standpunkt, dass es nur gewolltes Unrecht gebe, zu verlassen. Er sagt (Encykl., 2. Aufl., 1900, § 687): „Das Recht kann nicht alle Handlungen und Unternehmungen verbieten, welche mit Gefahren oder Nachteilen für andere verbunden sind. Häufig überwiegt die positive Bedeutung jener für menschliche Interessen diese Uebel. An Stelle des Verbotes solcher Handlungen und Unternehmungen lässt das Recht in solchen Fällen vielfach ein Gebot nachträglicher Ausgleichung des etwa durch sie verursachten Schadens treten"; und § 695: „Die Umstände, welche eine Schuld ausschliessen, sprechen keineswegs gegen die Entstehung einer Ersatzpflicht des Handelnden." Es ist sonach nicht zutreffend, wenn Löffler (Z., Bd, XXI, 560) sagt, die Theorie Merkels sei „veraltet" und „überholt".

Die Trennung der Haftung ohne Verschulden von dem objectiven Unrecht ist nicht nur zulässig, sondern auch geboten. Die beiden Fragen: Gibt es eine Haftung ohne Verschulden? und: Gibt es ein objectives Unrecht? sind scharf zu trennen. Die erste Frage ist aus dem Gesetze zu beantworten; und ob eine solche Haftung statuiert werden soll oder nicht, ist eine Frage der Politik, des practischen Bedürfnisses. Die Frage, ob es ein objectives Unrecht gibt, kann aus keinem Gesetze beantwortet werden; sie ist eine rein theoretische Frage, und ist genauer so zu stellen: Gibt es überhaupt ein objectives Unrecht? Ist dieser Begriff systematisch wichtig und ist er überhaupt richtig? Und erst, wenn dies der Fall sein sollte, ist zu fragen: Ist speciell die Handlung oder die Ereignung, die eine Haftung ohne Verschulden nach sich zieht, unter den Begriff „objectives Unrecht" zu subsumieren?

Da es nun, wie festgestellt, ein objectives Unrecht nicht gibt, darf man auch die Handlung, die zur Haftung ohne Verschulden führt, nicht als objectives Unrecht bezeichnen. Thut man das, so huldigt man entweder irgend einer der Objectivierungen, wie auch Heyssler thut, oder man verwechselt objectives Unrecht mit dem

objectiven Thatbestand. (Das letztere thun z. B. auch Unger, System II, S. 329 und Pernice, Labeo, II, 1. Abth., S. 7, Note 1.)

Freilich hat Pfaff noch ein Argument übrig, welches dafür zu sprechen scheint, dass man in gewissen Fällen der Haftung ohne Verschulden, nämlich, wenn sich Menschen in unzurechenbarer Weise bethätigen und damit einer Ersatzptlicht verfallen, von einem objectiven Unrecht reden muss; und dieses Argument veranlasst ihn (Grünh, Bd. VIII, S. 723), gegen den Satz zu polemisieren, den Unger (Grünh., Bd. VIII, S. 235) aufstellt: „Die Thätigkeit eines schädigenden Wahnsinnigen oder Kindes ist nicht anders zu nehmen als die Thätigkeit blinder Naturkräfte, welche zerstörend wirken." Diese Polemik ist von der Gegnerschaft zwischen den beiden Gelehrten, die die Frage betrifft, ob es eine Haftung ohne Verschulden gibt oder geben soll oder nicht geben soll — eine Frage, die Unger damals noch verneinend beantwortete, später aber bejahte —, wohl zu trennen.

Die Darlegungen, die hier über den Unrechtsbegriff handelten, ergeben nothwendig das Resultat, zu dem Unger gelangte. Kann nur eine zurechenbare Handlung als rechtswidrig, bezw. pflichtwidrig bezeichnet werden, ist, um mit Merkel (Krim., Abh. I, S. 31) zu sprechen, „ein nicht zurechenbares Unrecht eine contradictio in adjecto", so kann es einen Unterschied hinsichtlich der juristischen Prädicierung nicht ausmachen, ob die nicht zurechenbare Ereignung in menschlicher, thierischer oder rein mechanischer Bethätigung der leblosen Natur ihre Quelle hat: „Was nicht auf den intelligiblen [d. h. eben: zurechenbaren] Willen des Menschen bezogen werden kann, ist Naturereignis, mag auch der Kausalzusammenhang, auf welchen es hinweist, einen Durchgangspunkt in menschlicher Thätigkeit haben" (Merkel, l. c., S. 46). Pfaff durchschneidet im Anschlusse an Thon (Rechtsnorm, S. 91) diese fliessende Reihe, indem er die unzurechenbaren Ereignungen in zwei Gruppen theilt, deren eine, welche menschliche Bethätigungen umfasst, er der Categorie Unrecht als objectives, weil nicht zurechenbares, Unrecht unterordnet. Der Grund hiefür ist folgender: „dem wilden Thiere gegenüber darf ich auch im Angriff [zum Unterschied von der Vertheidigung gegen dasselbe] von eigener Kraft Gebrauch machen, gegen den Wahnsinnigen nicht; aber der Ersatz der Selbsthülfe, die Rechtfertigung ihrer Ausschliessung, die Hülfe des Staates sollte mir versagt sein?" Sofern sich Pfaff mit diesem Satz gegen Unger wendet, der damals noch eine im Processe zu verfolgende Haftpflicht negierte, weil Verschulden nicht gegeben sei, ist dem Satze rückhaltslos beizustimmen. In der That ist ja gegen den schädigenden Wahn-

sinnigen, das Kind usf. — wenigstens in manchen Fällen des A.B.G.B. — der Klageweg eröffnet.

Die Frage hat also nunmehr zu lauten: Darf man, bezw. ist es nothwendig, eine unzurechenbare menschliche Bethätigung im Gegensatz zu anderen unzurechenbaren Bethätigungen deshalb ein objectives Unrecht zu nennen, weil das Gesetz den Wahnsinnigen, das Kind u. s. f. haftbar macht und den Klageweg eröffnet, gegen diese Personen aber Selbsthülfe nur in gewissem Umfange zulässt?

Gewiss ist, dass das Gesetz eine Klage gegen wilde Thiere und Lawinen nicht deshalb verweigert, weil diese ein objectives Unrecht nicht begehen, sondern deshalb, weil es nicht möglich ist, sie zu klagen, während solcher Weg Menschen gegenüber, sollten sie auch einer Vertretung bedürfen, möglich ist; ferner weil nur Menschen ein Vermögen haben können, aus dem der Ersatz geleistet wird. Und wenn gegen Menschen unbeschränkte Selbsthilfe nicht erlaubt ist — in Nothstand allerdings darf man, wenn es zur Erhaltung des Lebens nothwendig ist, gewiss auch Kinder und Geisteskranke tödten —, so ist dies gleichfalls nicht damit zu erklären, dass unzurechenbare menschliche Handlungen objectives Unrecht sind, sondern damit, dass das Recht eben die Interessen von Menschen, nicht aber von wilden Thieren schützt.

Endlich besagt ja der Satz: Unzurechenbare Handlungen sind nicht rechtswidrig, insbesondere nicht objectiv rechtswidrig, durchaus nicht, dass man gegen Unzurechnungsfähige wehrlos ist. Juristische Qualification der Handlung und Eintritt, wie Beschaffenheit der Rechtsfolge, die sie nach zieht, sind nicht unlösbar verbunden; denn es gibt bekanntlich normwidrige Handlungen — z. B. den straflosen Versuch —, die eine Delictsfolge überhaupt nicht nach sich ziehen. Hängt also der Unrechtscharacter überhaupt nicht davon ab, dass eine Unrechtsfolge eintritt, so kann er auch nicht davon abhängen, dass eine bestimmte Folge eintritt. Daher kann auch aus dem Erlaubtsein oder Nichterlaubtsein der Selbsthülfe nicht auf den Unrechtscharacter der Bethätigung geschlossen werden, die Selbsthülfe nach sich zieht. Das übersieht insbesondere auch Löffler (Z. Bd. XXI, S. 564): „Rechtswidrig ist also . . . . auch der schuldlose Angriff der Zurechnungsfähigen auf Rechtsgüter, des Kindes, des Wahnsinnigen, des Thieres, der leblosen Sachen. Kenntlich ist das Unrecht daran, dass es von der Rechtsordnung durch verschiedene Mittel — die Unrechtsfolgen — bekämpft wird . . . ." Eine Richtschnur gibt in erster Linie die Lehre, dass immer eine Pflicht und eine zurechenbare Handlung oder Unterlassung vorliegen muss, ehe man von Unrecht überhaupt sprechen kann. Wenn es

sicher ist, dass diese wesentlichen Voraussetzungen nicht fehlen dann lässt sich aus dem Vorhandensein einer Strafdrohung immer ohne weiteres, aus dem Vorliegen einer Drohung mit Auferlegung einer Ersatzpflicht nur regelmässig, nicht in allen Fällen, also bloss mit grösster Vorsicht, aus der Zulassung der Reaction gegen den Angriff eines Menschen endlich gleichfalls nur in manchen Fällen auf die Rechtswidrigkeit, besser: Pflicht-, bezw. Normwidrigkeit des Verhaltens schliessen.

Aus dem Vorhandensein einer Ersatzpflicht ohne Verschulden kann niemals nach rückwärts auf die Rechtswidrigkeit geschlossen werden. Denn es liegt bereits im Begriffe der Haftung ohne Verschulden, dass sie aus einer nicht schuldhaften, also nicht rechtswidrigen Handlung oder Unterlassung entspringt.

Man spricht auch aus anderen Gründen, als Pfaff, von einem objectiven Unrechte, wenn eine Haftung für Schaden statuiert erscheint. So ist z. B. nach Binding der Ersatz nicht „Deliktsfolge", aber dennoch „Unrechtsfolge" (Normen I, S. 478), und das gilt vom Standpunkt des Binding'schen Unrechtsbegriffes auch für die Quellen der blossen Causalhaftung. Unrecht soll eben „Alles" sein, was einem „subjectiven Rechte widerstreitet" (S. 298). Gegen solche Bezeichnung spricht — abgesehen von den gegen die Begriffsbildung selbst angeführten Bedenken —, dass sie, wie die ganze Terminologie der Normentheorie, überaus verwirrend ist. Zur schwierigen Unterscheidung von Delict und Verbrechen, nach der ja im Sinne Bindings Verbrechen nie Delict ist, gesellt sich die Unterscheidung von Delict und Unrecht. Es scheint weit einfacher und schon deshalb empfehlenswert, weil der Sprachgebrauch damit in Einklang steht, „Delict" und „Unrecht" synonym zu gebrauchen, und noch besser, von „Unrecht" in der Jurisprudenz gar nicht zu sprechen, sondern zu sagen: Delict ist jede pflichtwidrige, normwidrige Handlung. Das Verbrechen ist das strafbedrohte Delict; ihm tritt das Civildelict zur Seite. Was zu einer Haftung ohne Verschulden führt, ist nicht Delict.

Geradezu absurd ist es, die Reaction gegen Angriffe von Thieren und Schuldunfähigen als Nothwehr zu erfassen, und zu erklären, die Zulassung der Nothwehr entspringe der Idee, dass „das Recht dem Unrecht nicht zu weichen brauche". Welch erhebender Gedanke: Das Recht triumphiert im Kampfe gegen Cretins, Säuglinge und Hündchen!

Wie Binding, so dehnt auch Hertz den Unrechtsbegriff in unzulässiger Weise aus (vergl. oben S. 212). Von einer anderen Erwägung ausgehend gelangt aber dieser Schriftsteller dazu, den

Begriff in einer Hinsicht dermassen einzuengen, dass der Versuch eines Verbrechens nicht mehr unter die Categorie „Unrecht" fällt, sondern ein „strafbares Nichtunrecht" darstellt (Unrecht, S. 39). Eine „nicht unrechtmässige" Handlung könnte — duplex negatio affirmatio — lediglich eine rechtmässige sein, wonach es dann eben rechtmässig wäre, auf Menschen zu schiessen — wenn man nur nicht trifft. So gewiss aber das Recht psychologischer Natur ist und eben nur psychisch auf den Menschen einwirkt, verbietet es nicht das Treffen, sondern das Schiessen, die menschliche Handlung. Dass Hertz zu der absonderlichen Auffassung dadurch gelangt, dass er übersieht, dass das Verbrechen, wie jedes Delict, begrifflich abstracte, nicht concrete, Interessenwidrigkeit ist, wurde oben S. 304 dargethan.

## C. Die Adresse der Normen.

### § 29.

Die allgemeinen Erörterungen über den Begriff des Rechtes (insb. §§ 16, 17) haben ergeben, dass sich die Normen des Gesetzgebers nur an Menschen, und zwar bloss an principiell taugliche Befehlsempfänger, und an sie nur in solchen Momenten richten, in welchen sie von Normen getroffen werden können — und das ist nur der Fall, wenn der Gesetzgeber eine zumindest regelmässige Wirksamkeit der Normen erwarten kann —, und weiters nur dann, wenn man dem Gesetzgeber vernünftigerweise imputieren kann, dass er Normen ergehen lassen wollte.

In allen der angegebenen Richtungen hat man in der Literatur die Adresse der Normen verfehlt:

1. Man spricht vielfach von einer Rechtswidrigkeit bei Handlungen, die einer Norm gewiss nicht zuwiderlaufen, so z. B. bei Handlungen, die Aerzte, Soldaten, Gerichtspersonen u. s. w. in Ausübung ihres Berufes vornehmen, und bezeichnet diese Handlungen als wider ein Recht oder wider das Recht gerichtet, als Rechtsgüterverletzungen. Wie aus der Besprechung der „Ausnahmen von den Normen" (oben S. 283 ff.) hervorgeht, liegt der Bezeichnung dieser Handlungen als rechtswidriger vielfach der Fehler zu Grunde, dass man die genannten Personen bezüglich dieser Handlungen von einer Norm getroffen denkt, der sie eben zuwiderhandeln; sei es, dass man vermeint, die Norm werde wieder „zurückgezogen", oder, sie bleibe zwar aufrecht, werde aber durch einen Strafausschliessungsgrund oder eine Gegennorm oder dergl. paralysiert. Mag man nun aus welchem Grunde immer eine derartige Norm annehmen, so erhebt sich dagegen die einfache Erwägung: Ist es jemals einem Gesetzgeber eingefallen, dem Arzte zu verbieten, dass er pflichtgemäss handle? Oder dem Soldaten, dem Henker vorzuschreiben: Du darfst Deine Pflicht nicht thun? Ist eine solche Norm auch nur denkbar? Der Gesetzgeber würde nicht nur sich selber widersprechen, wenn er ein Verbot erliesse, wo er eine Pflicht oder eine Befugnis zu handeln statuiert; es ist vielmehr noch zu

fragen, was für einen Zweck es hat, anzunehmen, dass eine Norm erlassen und, sobald ein Fall eintritt, wo sie zu gelten hätte, wieder zurückgezogen wird. In diesen Fällen ergehen in Wahrheit überhaupt keinerlei Normen. An den in Nothwehr und Nothstand Befindlichen z. B. ergeht eine Norm nicht, und zwar deshalb nicht, weil der Gesetzgeber hier nichts normieren will. Denn er hat gar nichts dagegen einzuwenden, dass man sich aus der Gefahr rettet. Die Wehre zieht ja auch keinerlei Rechtsfolgen nach sich. Erst der Excess der Nothwehr ist verboten.

2. Soferne man in der Literatur davon spricht, dass das Recht den Eintritt gewisser Thatbestände „nicht will", und damit meint, dass das Recht Bethätigungen von Thieren und der leblosen Natur missbillige, behauptet man implicite, dass an Thiere und leblose Sachen Normen ergehen. Denn andere rechtliche Willenskundgebungen, als Normen, gibt es nicht. Freilich behauptet kein Schriftsteller, dass solcher Normerlass möglich wäre. Aber Löffler kommt dieser Auffassung allerdings nahe; denn er argumentiert nicht: Thiere können nicht verpflichtet sein, weil sie nicht taugliche Empfänger von Rechtsnormen sind; der Grund soll vielmehr lediglich der sein, dass sie Unrechtsfolgen nicht erdulden können: „Das Tier nun, wie die leblose Sache ist nicht Rechtssubjekt, es kann keine Rechtsfolgen dulden, es hat keine persona standi in judicio Das allein ist der Grund, warum wir nicht . . . gegen Tiere und Sachen Prozesse führen." (Z. Bd. XXI, S. 557, dazu Note 44.) Dabei übersieht Löffler, wenn er sich auf Wach beruft, dass der „Rechtszwang", von dem dieser Gelehrte spricht, nicht eigentlich Unrechtsfolge, d. h. Delictsfolge, sondern polizeiliche Maassregel ist, und dass man ebenso wie „Wahnsinnige und sinnlos Betrunkene" auch Thiere einsperren kann. Diese Verwechslung ist umso verwunderlicher, als Löffler in anderen Schriften (z. B. Schuldformen, I, S. 3 f.) sehr zutreffend die Idee der Praevention in den Vordergrund stellt, den Rechtszwang also nicht lediglich als Repression fasst.

Von anderen Erwägungen gehen Hertz (Unrecht 101), Tobler (Grenzgebiete 60), v. Alberti (Notwehrrecht 15) und Moriaud (délit nécessaire) aus, wenn sie Thiere und leblose Sachen „rechtswidrig" angreifen lassen. Es ist vor allem die Nothwehrlehre, die die Schriftsteller verleitet, hier von Rechtswidrigkeit zu sprechen. Sie meinen: Ist der Angriff eines Geisteskranken, eines Hundes u. s. f. nicht rechtswidrig, dann ist der Angegriffene wehrlos. Also muss man den Angriff als rechtswidrig bezeichnen, damit Nothwehr möglich sei. (Z. B. Hertz, Unrecht, S. 101 f.) Diese Schriftsteller ver-

stehen eben unter Nothwehr die Vertheidigung gegen den Angreifer, mag ein Mensch oder ein Thier oder eine Sache mit Verletzung drohen. Es liegt aber auf der Hand, dass es psychologisch etwas ganz Anderes ist, ob ein Mensch, ein Thier oder eine Lawine angreift. Bei Löffler bildet die Construction des rechtswidrigen Zustandes den Ausgangspunkt, wie auch die objectivierende Vorstellung, dass sich das Recht in den Sachen verkörpere. Dass auch v. Bar (Strafrechtstheorien) von rechtswidriger Bethätigung von Thieren sprechen will, wenn er S. 343 sagt: „Gegen die Mäuse des Feldes verfolgen, vertheidigen wir unser Recht ohne Richterspruch mit allen uns passend erscheinenden Mitteln", kann nicht mit Sicherheit behauptet werden.

So wenig als es angeht, sich auf den Sprachgebrauch zu berufen, wenn man von schuldlosem Unrecht spricht, so wenig gibt die Ausdrucksweise der Gesetze der Theorie das Recht, von einer objectiven Rechtswidrigkeit zu sprechen. Löffler (Z. Bd. XXI, 571) meint: „Die ganze reiche Litteratur der letzten Jahre ist darin einig, dass es ein objektives Unrecht gebe; trotz eifrigen Suchens konnte ich auch nicht eine widerstreitende Stimme entdecken. Und das ist leicht begreiflich; denn das B.G.B. zwingt auch Widerstrebende zur Erkenntnis des Richtigen". Hiebei wird § 823 D.B.G.B. citiert: „Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben ... oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem andern zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet." Löffler setzt hinzu: „Die Widerrechtlichkeit begreift also die Schuld nicht in sich, sonst wären ja die Worte «vorsätzlich und fahrlässig» = schuldhaft recht überflüssig." Man könnte eben so gut schliessen, dass „widerrechtlich" und „rechtsverletzend" verschiedene Begriffe seien. Denn „ein Recht widerrechtlich verletzen" ist auch ein Pleonasmus. Aber selbst wenn Löfflers Interpretation richtig wäre, könnte man in der Gesetzesstelle einen wissenschaftlichen Beweis für die Richtigkeit seiner Auffassung nicht erblicken. Wer hat denn bewiesen, dass sich der Gesetzgeber eine richtige Ansicht über den Begriff der Rechtswidrigkeit gebildet hat, bezw. dass er sich einer richtigen Terminologie bedient? Zudem zeigt bereits die citierte Gesetzesstelle, dass der Gesetzgeber „widerrechtlich" hier offenbar mit „ohne Recht" identificiert, also den logischen Fehler der Ueberschätzung der positiven Function der Negation begeht. Dass etwa ein Wahnsinniger oder ein Kind Jemanden beschädigen können, ohne ein Recht dazu zu haben, und dass ihnen der Gesetzgeber einen Ersatz auferlegen kann, bestreitet Niemand. Was aber ohne Recht geschieht, ist noch nicht rechtswidrig, wenn

es auch der Gesetzgeber so nennt. Ebensowenig kann aus der gesetzlichen Bestimmung, dass Nothwehr gegen „rechtswidrige Angriffe" platzgreift, abgeleitet werden, dass der Begriff der objectiven Rechtswidrigkeit richtig ist, u. zw. selbst dann nicht, wenn der Gesetzgeber hiebei an Angriffe von Unzurechnungsfähigen und Thieren denkt. Ob dies der Fall ist, bleibe dahingestellt; jedenfalls ist die Interpretation bestritten (Lammasch, Grundriss 32). Es ist nicht Aufgabe der Wissenschaft, Begriffsconstructionen dem Gesetze zu entnehmen. Sie kann dies umsoweniger, als der Gesetzgeber nicht in terminis technicis spricht. Die Wissenschaft hätte vielmehr, wenn sie zur Erkenntnis gelangte, dass die gesetzliche Terminologie verwirrend und sachlich unrichtig ist, die Obliegenheit, den Legislator eines Besseren zu belehren.

3. Man dachte sich die Normen zwar nur an Menschen, aber an alle Menschen schlechthin gerichtet, indem man die Voraussetzung der Zurechnungsfähigkeit strich; danach können also auch Säuglinge und Geisteskranke rechtswidrig handeln. Hierbei berief man sich entweder auf die positiven Gesetze oder auf die rationalistische Lehre Hermogenians: hominum causa omne jus constitutum, oder darauf, dass es genüge, dass sich ein menschlicher Wille bethätige; die Beschaffenheit dieses Willens sei gleichgiltig.

a) Das erste Argument, das Thon (Rechtsnorm, 92) vorbrachte: „Positiv kann jedoch der Nachweis geliefert werden, dass die Normen in der That auch den Unzurechnungsfähigen gelten. Es ergibt sich dies aus der einen unzweifelhaften und nie bezweifelten Thatsache, dass die Rechtsordnung Verpflichtungen der Unzurechnungsfähigen kennt", hat bereits Merkel schlagend widerlegt: „Aber augenscheinlich hat es keinen Sinn, Befehle an Jemanden zu richten, von dem wir wissen, dass er sie nicht verstehen und befolgen kann" (Ges. Abh., S. 387).

Thon übersieht hiebei auch, dass ein compliciertes Rechtsgebilde vorliegt, wenn man kurz von Pflichten von Wahnsinnigen und von Kindern spricht; dass man erst auf die Pflicht eines tauglichen Befehlsempfängers zurückgreifen muss, sollen solche Pflichten überhaupt Bestand haben. Sie sind eben in Wahrheit Pflichten anderer Personen und erst mittelst der Reductionsmethode begreiflich zu machen — ähnlich, wie dies hinsichtlich der Ptlicht der juristischen Person versucht wurde.

b) Der Auffassung Hermogenians folgt offenbar Herzog (G. S., Bd. XXXVIII, S. 362 f.): „Für vernunftlose Geschöpfe sind die Dispositionen der einzelnen Strafgesetze überhaupt nicht vorhanden, wohl aber für jede menschliche Persönlichkeit. Auch das Thun eines Geisteskranken steht daher an und für sich nicht ausser-

halb des Gesetzes . . ." Es dürfte aber schwer sein zu beweisen, dass ein unheilbar Blödsinniger vernünftiger sei, als ein hochorganisiertes Thier.

c) Wenn Wahlberg (Individ. 126) sagt: „Kinder und Wahnsinnige können objectives Unrecht bewirken, obwohl dasselbe diesen Rechtssubjecten nicht zugerechnet werden kann", so denkt er offenbar daran, dass nur diesen, nicht auch den Thieren Rechtsfolgen auferlegt werden können, kommt also insoferne Pfaff nahe. Er geht aber weiter als Pfaff: „Es geht nicht an, das unverschuldete Unrecht aus dem Begriff des Unrechts auszuscheiden", weil aus ihm die Möglichkeit „rechtlicher Gegenwirkung" deduciert werden müsse. Allerdings nennt auch Pfaff (l. c. 11) das „objective Unrecht" den „Grund der Entschädigungspflicht". Man darf aber nicht aus der Rechtsfolge auf die Rechtswidrigkeit der Bethätigung schliessen, um aus dieser mittelst petitio principii die Rechtsfolge abzuleiten. — In gewisser Hinsicht — soferne nämlich nicht lediglich de lege lata construiert wird — sind auch alle diejenigen Schriftsteller hierherzuzählen, welche Nothwehr gegen „rechtswidrige Angriffe" von Kindern und Geisteskranken platzgreifen lassen. Man darf jedoch nicht übersehen, dass manche hier oft nur deshalb von Rechtswidrigkeit sprechen, weil der Angriff „ohne Recht" erfolgt (Merkel), oder „weil man sich den Angriff nicht gefallen lassen muss" (Frank, v. Kallina), oder weil das „Ziel des Angriffes" ein Recht ist (Binding), oder weil ein „Angriffswillen" vorhanden ist (Binding), oder weil der Angriff einen rechtswidrigen Zustand herbeiführt (Hertz, Löffler), oder weil der Angriff seiner Form nach rechtswidrig ist (R. Schmidt), oder weil ein Angriff von allen „belebten Wesen" ausgehen kann (Frank). Umgekehrt lässt man vielfach gerade im Hinblicke auf die lex lata (bes. § 228 D.B.G.B.) Nothwehr gegen Unzurechnungsfähige nicht zu, weil man dadurch zu der „unsinnigen Consequenz" gelange, dass Nothwehr, die schärfere Abwehr, gegen Angriffe Unzurechnungsfähiger, dagegen Nothstand, die mildere Abwehr, gegen Angriffe von Thieren statthätte (Schollmeyer, Notwehr, S. 19). Gerade die verschiedenen Constructionen de lege lata riefen einen heftigen Streit hervor, in dessen Verlaufe manchen Schriftstellern — zum Theile in missverständlicher Weise — der Vorwurf gemacht wurde, sie seien Anhänger einer „Todtschlägermoral" (Geyer u. A.); missverständlich deshalb, weil die getadelten Schriftsteller de lege lata eine solche, ihnen selbst unerwünschte, Consequenz ziehen zu müssen glaubten. Schollmeyer allerdings befürwortet de lege ferenda die Nothwehr gegen Unzurechnungsfähige — womit aber nicht gesagt wird, dass dieser Schriftsteller gerade eine scharfe Form

der Abwehr wünscht, wie dies manche andere Schriftsteller thun. Es wird lediglich theoretisch-begrifflich argumentiert (Notwehr S. 18): „Dass auch ein Unzurechnungsfähiger objectiv rechtswidrig handeln kann, ist sicher.(!) Da nun das Recht dem Unrecht nicht zu weichen braucht, so scheint die Bejahung der Frage [scil. ob Nothwehr gegen Unzurechnungsfähige statthat] geboten. Wenn man dem gegenüber gemeint hat, man dürfe dann bei der Notwehr gegen Unzurechnungsfähige nicht stehen bleiben, sondern müsse dieselbe auch gegen den Angriff von Tieren »auf eigene Faust« zulassen, . . . so erscheint mir das unrichtig, weil auf einer Verkennung des Begriffs des objectiven Unrechts beruhend. Das objective Unrecht ist nämlich jeder Verstoss gegen die Rechtsordnung, einerlei (!) ob verschuldet oder unverschuldet. Die Rechtsordnung aber regelt die Beziehungen der Rechtssubjecte zu einander, indem sie Ge- und Verbote an dieselben erlässt. Folglich (!) kann ein Verstoss gegen die Rechtsordnung, eine objective Rechtswidrigkeit nur von einem Rechtssubject ausgehen, aber auch von einem unzurechnungsfähigen Rechtssubject." Dieser Argumentation liegt eine, freilich unbeabsichtigte, Subreption zu Grunde. Man darf nicht sagen: „Die Rechtsordnung regelt die Beziehungen der Rechtssubjecte"; denn Rechtssubject-sein heisst eben schon: in Beziehung stehen. Die Rechtsordnung regelt die Beziehungen zwischen den Menschen und macht sie insoferne zu Rechtssubjecten. Von wem also eine rechtswidrige Handlung ausgehen kann, kann nur dadurch bestimmt werden, dass man vorerst untersucht, welchen Menschen das Recht Pflichten auferlegen kann. Und erst diese Untersuchung kann ergeben, ob auch Unzurechnungsfähige Rechts-, bezw. Pflichtsubjecte sind. Ohne solche Feststellung hat die Lehre, dass nur Rechtssubjecte rechtswidrig handeln können, keinen andern Inhalt als die, dass nur Menschen rechtswidrig handeln können. Denn thatsächlich regelt das Recht eben Beziehungen zwischen Menschen. Es geht nicht an, an Stelle des Wortes Menschen das Wort Rechtssubjecte zu setzen und daraus wieder die Rechtswidrigkeit des Handelns der Menschen zu deducieren (siehe auch unten sub 5). — Wie wenig empfehlenswert es ist, aus dem Begriff des Angriffes abzuleiten, von wem ein rechtswidriger Angriff ausgehen kann, zeigt, dass solche Deduction einmal das Resultat ergab, dass auch Sachen, dann wieder, dass „nur belebte Wesen", endlich, dass nur Zurechnungsfähige (Beling, Grundzüge 28) rechtswidrig angreifen können.

4. Die Normen richten sich zwar nur an principiell taugliche Befehlsempfänger, jedoch ohne Rücksicht darauf, ob sie im Einzelfalle schuldhaft, zurechenbar handeln oder nicht. Darnach kann

nicht ein chronisch Geisteskranker, wohl aber ein sonst normaler Mensch im Zustande der Trunkenheit und der Sinnenverwirrung, im Schlafe u. s. f. „objectiv rechtswidrig" handeln. Dieser Ansicht scheinen v. Jhering und v. Weinrich zu sein. Jhering polemisiert gegen Merkel (Schuldmoment, S. 160): „Wenn der genannte Gelehrte meint, durch Aufgabe des Momentes der Verschuldung bei der Fassung des Unrechtsbegriffes werde man consequenterweise dahin gelangen müssen, auch Wind und Wetter als Subjecte des Unrechts gelten zu lassen, so verkennt er, dass das objective Unrecht zwar das Moment der Verschuldung, nicht aber das des menschlichen Willens ausschliesst." Dass aber Jhering die Normen nur an principiell taugliche Befehlsempfänger gerichtet denkt, scheint aus seinem Bekenntnis zur Feuerbach'schen Theorie (Zweck I, S. 481) nothwendig hervorzugehen. (Bezüglich v. Weinrich vgl. Allg. Litteraturblatt, 8. Jahrg., No. 10, Spalte 311, wo eine arge Verwirrung herrscht.)

5. Die Norm wendet sich nur an principiell taugliche Befehlsempfänger, und zwar nur dann, wenn sie sich in einem subjectiven Zustand befinden, der es ermöglicht, ihnen die Handlung zuzurechnen. Darnach ist rechtswidrig nur die zurechenbare Bethätigung.

Zu dieser richtigen Ansicht bekennen sich ausser Merkel (Krim. Abh., I, 1867, S. 42): Neuner (Privatrechtsverh., S. 175 f., 207), Jellinek (soc. Bed., S. 56), Janka (Strafrecht, S. 109), Stammler (Wirtschaft, 314), Eisenmann (Z. XIII, S. 457), wohl auch Kohlrausch (Irrtum, 53, 57). Auch Hälschner (Gem. d. Str. I, S. 18) erklärt: „Das Unrecht kann in allen Fällen nur in der Form einer zurechenbaren Willensäusserung in Erscheinung treten"; er kennt aber doch auch ein „schuldloses Unrecht" (S. 19). Desgleichen leugnete Binding (Normen I, 244) sehr zutreffend das objective Unrecht; ebenso im Hdb., I, S. 159: „Es gibt kein schuldloses, kein sog. objektives Unrecht". Dagegen wird in der 2. Aufl. der Normen (I, S. 301) erklärt: „Schlechterdings unzulässig ist die Behauptung, alle Rechtsverletzung habe ihre Ursache in der menschlichen Handlung, oder abgeschwächt mindestens in der Bethätigung menschlichen Willens, auch wenn sie keine Handlung sei." Dass allerdings Binding bereits im Handbuche eine objective Rechtswidrigkeit anerkannte, gerade wie auch Merkel trotz der Verwerfung des schuldlosen Unrechtes von objectiver Rechtswidrigkeit spricht, ist nur ein Beweis mehr dafür, welche Verwirrung dieser Begriff anrichtet. In Wahrheit sind Merkel und Binding mit sich selbst nicht im Widerspruch. Gleich Merkel nämlich leitete auch Binding in der 1. Auflage der Normen

den richtigen Unrechtsbegriff aus dem Begriffe der Norm ab: die anderen Arten, die Merkel und Bindings Handbuch kennt, entstammen wesentlich anderen Erwägungen. Die objective Rechtswidrigkeit entspringt bei beiden Gelehrten einmal der Identificierung von „rechtswidrig" mit: „ohne Recht" (Merkel, Lehrb. 163, Binding, Hdb., I, 738), bei Binding ferner aus der Entwicklung des Unrechtsbegriffes aus dem Begriffe „Angriff" (Hdb., I, 735); endlich noch bei Merkel — und hierin könnte man allerdings einen Widerspruch sehen — aus der Objectivierung des Rechtes in der Person, bezw. Sache: „Der Angriff muss ein rechtswidriger, d. i. gegen rechtlich geschützte Interessen oder Güter gerichteter sein . . . Dass er in der Person des Angreifers als ein schuldhafter erscheine, ist nicht erforderlich" (Lehrbuch, S. 163). Dagegen heisst es Lehrbuch, S. 21: „So spricht man von Rechtsgütern als von Gegenständen des Rechtsschutzes, da doch menschliche Güter erst durch diesen Schutz . . . zu Rechtsgütern werden u. s. f." Merkel geräth noch in einen weiteren Widerspruch mit sich, wenn er, die Verwechslung von „rechtswidrig" und „ohne Recht" begehend, fortsetzt: „Aber nur an Angriffe von Menschen ist hierbei zu denken. Die Abwehr eines tollen Hundes fällt unter den Gesichtspunkt des Nothstandes" (Lehrb. 163). Denn gewiss greift auch der tolle Hund „ohne Recht" an.

Bindings Begründung seiner neuen Ansicht über das Unrecht von Thieren und Stürmen kann als gelungen nicht bezeichnet werden: Es soll gleich „unrecht" sein, weil es „praktisch gleichgiltig" ist, ob „ein Dieb oder der Sturm oder meine eigene Unvorsichtigkeit mein Seegelboot entführt" (S. 301). Was wirtschaftlich den gleichen Effect erzielt, braucht doch juristisch nicht gleicher Beurtheilung zu unterliegen. Es ist practisch auch vollständig gleichgiltig, ob man von einem Wahnsinnigen oder von einem Zurechnungsfähigen getödtet wird, ob man von einem approbierten Arzt oder von einem Curpfuscher geheilt wird. Und doch liegt in dem einen Falle eine strafbare, pflichtwidrige Handlung vor, im anderen nicht. Und sollte es wirklich „unrecht" sein, wenn man sich aus „eigener Unvorsichtigkeit" das Bein bricht oder mit der glimmenden Cigarette ein Loch in das Kleid brennt?

Unzutreffend ist es ferner, das objective Unrecht im Privatrechte auftauchen zu lassen, wenn es aus dem Strafrechte verwiesen wurde. Dies schien Binding (Hdb., I, S. 159, Note 10) zu beabsichtigen: „auch die Anhänger des sog. objektiven Unrechts sind mit dessen Gegnern darüber einverstanden, dass es criminell nicht in Betracht kommt." An dieser Stelle setzt der Streit über die Ab-

grenzung des civilen vom criminellen Unrecht ein. Man pflegt vielfach zu sagen: Das Verbrechen muss immer subjectives, das Civilunrecht kann auch lediglich objectives Unrecht sein. So wenig man aber im Strafrechte von objectivem Unrecht sprechen darf, so wenig ist es auch im Privatrechte zulässig. Allerdings wird mit der Verwendung des Ausdruckes objectives Unrecht im Privatrecht zumeist nicht gemeint, dass sich die Privatrechtsnormen auch an Kinder und Geisteskranke richten. Es wird sich vielmehr zeigen (unten § 33), dass dieses objective Unrecht das Resultat einer weiteren Verwechslung ist.

## § 30.

Eine Rechtsnorm kann sich, wie betont, nur an Menschen richten, da das Recht geistige Function nur in den Menschen ist. Sie richtet sich aber auch nicht an alle Menschen, sondern nur an solche, deren Beschaffenheit in dem Momente des Ergehens der Norm eine mindestens regelmässige Durchsetzung erwarten lässt. Im allgemeinen entspricht dieser Bestimmung die von der letztgenannten Gruppe der Schriftsteller vertretene Lehre: Unzurechenbare Handlungen können nicht rechtswidrig sein.

Die meisten dieser Schriftsteller aber stellen, ausser den zuletzt besprochenen Behauptungen, Lehren auf, die zwar nicht ausdrücklich, aber doch implicite die Meinung enthalten, dass in manchen Fällen Normen ergehen, in denen sie in Wahrheit nicht ergehen, sei es, dass der Gesetzgeber in dem betreffenden Falle eine Norm nicht erlassen kann oder nicht erlassen will.

So liegt in vielen Fällen, wo von einem Straf- oder Schuldausschliessungsgrund gesprochen wird, die Meinung vor, dass eine Norm ergeht. So sagt z. B. Hälschner (Strafrecht, I, S. 473): „Die durch das Strafgesetz verbotene Beschädigung ist straflos, wenn sie als ein Act der Nothwehr erscheint.“ Desgleichen bezeichnet er auch die Handlung des im Nothstande Befindlichen als „unrecht.“ Selbst Merkel (Lehrbuch, S. 156) sagt: „Handlungen, welche die besonderen Merkmale einer Deliktsart haben, wie z. B. die Handlung desjenigen, der vorsätzlich und mit Ueberlegung die Tötung eines anderen ausführt . . . , können mit Rücksicht auf verschiedenerlei Thatsachen rechtmässig oder entschuldigt sein.“

Man betrachtet heute auch vielfach die Lehre als überwunden, dass der in Nothwehr oder Nothstand Befindliche unzurechnungsfähig ist. So sagt Löffler (Z. XXI, S. 566): „Schlechthin abzulehnen ist in dieser Richtung die von vereinzelten älteren Autoren

vertretene Ansicht, dass die Straflosigkeit der Notwehrhandlung begründet sei durch die im Gefolge des Angriffs auftretende Aufhebung der Zurechnung des Angegriffenen." Es ist jedoch nicht zu leugnen, dass sowohl der in Nothwehr, als der in Nothstand Befindliche, wenn sie sich plötzlich einer imminenten Gefahr gegenübersehen, sehr leicht in den Zustand der Unzurechnungsfähigkeit gerathen können. Freilich würden sie, sofern sie sich in den Grenzen des Gesetzes halten, auch ohne dass sie ihre Zurechnungsfähigkeit verlieren, straflos sein. Und insoferne haben die Bekämpfer der Ansicht ganz recht. Denn es ist zumal bei der heutigen weiten Spannung des Nothstandsbegriffes ganz zweifellos, dass nicht jeder Gefährdete unzurechnungsfähig wird.

Man übersieht jedoch einen zweiten, sehr wichtigen Gesichtspunkt, wenn man die „älteren Autoren" bekämpft. Denn diese haben den Begriff der Unzurechnungsfähigkeit in einem ganz anderen Sinn verstanden, als man heute in das Wort legt.

Die Lehre von der Zurechnungsfähigkeit befindet sich heute überhaupt in einem geradezu chaotischen Zustand. Man lehrt heute entweder, dass unzurechnungsfähig sei, wer sich nicht im Stande der Willensfreiheit befindet — eine Lehre, nach der es überhaupt ein Strafrecht nicht geben könnte, da Willensfreiheit nie vorliegt —, oder man ist Anhänger der Theorie, wonach „psychologische Willensfreiheit" vorliegen müsse, „Wirksamkeit nach eigenem Maass" u. dgl. — eine Lehre, die ganz übersieht, dass das Recht den Maasstab der Verantwortlichkeit nicht aus dem Individuum holen kann, das es begrifflich ignoriert, sondern dass es lediglich mit einem Durchschnittsmaasse operiert —, oder man bemisst, wie dies im criminalpolitischen Lager beliebt ist, die Zurechnungsfähigkeit nicht nach der Bestimmbarkeit durch die Strafandrohung, sondern durch den Strafvollzug.

Alle drei Lehren sind unzutreffend, da sie alle den einzelnen Menschen ins Auge fassen, statt dass sie, wie es für die formale Construction allein zulässig ist, das Recht als generelle, objective Macht in Anschlag bringen. Und weil sie das einzelne Subject im Auge haben, verbindet sich ihnen mit dem Begriff der Unzurechnungsfähigkeit immer die Vorstellung eines psychopathologischen Zustandes des Individuums. Daher scheint es ihnen absonderlich, von einer Unzurechnungsfähigkeit zu sprechen, wo solch krankhafter Zustand nicht vorliegt. Man würde überhaupt besser von objectiver, bzw. subjectiver Schuldunfähigkeit sprechen, je nachdem die Situation oder die Subjectivität des Handelnden das Ergeben einer Norm ausschliesst.

Ueberdies hat die Erfassung des Nothstandes als einer Collision rechtlicher Interessen zu einer weiten Ausdehnung des Nothstandsbegriffes geführt. Nach der Collisionstheorie liegt Nothstand in zahlreichen Fällen vor, in denen die älteren Autoren von Nothstand überhaupt nicht sprachen. Denn diese hatten ihn nur auf wenige Fälle beschränkt. Natürlich muss es dann absurd erscheinen, wenn man die Begründung der Straflosigkeit dieser wenigen Fälle auf alle nach der Collisionstheorie anzunehmenden Nothstandsfälle überträgt und überdies einen ganz anderen Begriff der Unzurechnungsfähigkeit einschiebt.

Geyer hat von seinem Standpunkte aus ganz recht, wenn er, Notwehr, S. 17 fragt: „Befindet sich dieser [scil. der in Nothwehr Befindliche] in einem Zustande der Unzurechnungsfähigkeit, wenn er gefasst und ruhigen Mutes den Angriff etwa durch Binden des mutwilligen Beschädigers zurückweist?" Denn nach Geyer ist die „psychologische Willensfreiheit" die Grundlage der Verantwortlichkeit, und Geyer spricht von Unzurechnungsfähigkeit im Sinne einer psychischen Störung. Um jedoch objectiv schuldunfähig zu sein, bedarf es einer solchen Störung nicht. Man kann sehr wohl „gefasst und ruhigen Mutes" und doch objectiv schuldunfähig sein. Sind doch die der Altersgrenze der Strafmündigkeit nahe stehenden Kinder, subjectiv betrachtet, oft genug gerade so zurechnungsfähig, wie die tauglichen Befehlsempfänger. Immer wieder operiert man mit dem einzelnen Subject und dem einzelnen Fall, während der Gesetzgeber doch Normen nur dann erlässt, wenn er eine mindestens regelmässige Wirksamkeit erhofft. Es kommt nicht auf die thatsächliche Bestimmbarkeit im einzelnen Fall, sondern auf die voraussichtliche Möglichkeit an. Man setze etwa den Fall, dass ein im Walde pürschender Jäger von einem Stier attaquiert wird. Der Jäger legt „gefasst und ruhigen Mutes" seine Büchse an und verwundet den Stier — ohne ihn tödten zu wollen —, um sich vor dem Angriff zu schützen. Nach Geyer war der Jäger gewiss zurechnungsfähig; er war aber objectiv schuldunfähig. Ganz abgesehen davon, dass das Recht in diesem Falle eine Norm an den Jäger nicht richten wollte — denn der Gesetzgeber fordert nicht, dass sich die Staatsbürger von Stieren aufspiessen lassen —, konnte auch der Gesetzgeber eine Norm nicht ergehen lassen. Sehr zutreffend sagt Kant (Rechtslehre S. 39): Der Gesetzgeber kann in dem Falle, dass Jemand in seinem Leben gefährdet ist, Strafe nicht androhen. „Denn die Bedrohung mit einem Uebel, das noch ungewiss ist (dem Tode durch richterlichen Ausspruch), kann die Furcht vor dem Uebel, was gewiss ist, (nämlich dem Ersaufen)

nicht überwiegen.“ Und dieses Argument trifft auch zu, wenn nicht gerade das Leben oder die Gesundheit, sondern auch, wenn ein viel weniger wertvolles „Rechtsgut“ gefährdet ist. Wenn etwa das Interesse Jemandes an einem Gegenstande im Werte von 500 bedroht wäre, und der Gefährdete sich durch eine Handlung, die gewöhnlich mit einer Geldstrafe von 300 geahndet wird, vor dem Schaden zu bewahren vermöchte, könnte die Norm „Du sollst fremde Sachen nicht beschädigen, widrigens Du mit einer Geldstrafe von 300 belegt wirst“, nicht ergehen; denn sie enthielte keine Drohung mit einem Uebel.

Man wende nicht ein, „dass der Gesetzgeber die Strafe erhöhen müsste, da sich gezeigt hat, dass die Drohung unwirksam war.“ Die Drohung ist, wie bereits dargelegt wurde (oben § 13), deshalb noch nicht unwirksam zu nennen, weil sie in einzelnen Fällen nicht wirkt. Denn der Gesetzgeber erhofft ja selbst nur regelmässige Wirksamkeit. Bewährt sie sich regelmässig, so wirkt die Norm genügend; der Gesetzgeber hat daher keinerlei zureichenden Grund, die Strafe zu erhöhen. Er hat um so weniger Grund, als er ganz gut weiss, dass auch die schärfste Strafdrohung nicht in allen Fällen abhalten würde. Und er hat auch, soll von einer Rechtsstrafe die Rede sein, gar nicht die Möglichkeit, die Strafe wesentlich zu schärfen. Er kann nicht eine geringfügige Sachbeschädigung mit lebenslänglichem Kerker oder mit dem Tode bedrohen. Eine solche Strafe würde nicht als gerecht angesehen werden, ein derartiges draconisches Strafgesetz nicht als „Recht“ gelten, daher auch Recht nicht sein.

Damit soll keineswegs die Straflosigkeit aller nach der Collisionstheorie angenommenen Nothstandsfälle auf Unzurechnungsfähigkeit, bezw. objective Schuldunfähigkeit des Gefährdeten zurückgeführt werden. Die Collisionstheorie ist aber aus mehrfachen Gründen selbst höchst bedenklich, und müsste erst auf ihre Richtigkeit eingehend geprüft werden. Sie ist auch gar nicht im Stande — und gesteht das auch selbst zu —, die Straflosigkeit aller Nothstandshandlungen zu erklären. Auf 2 Gesichtspunkte — sagen Berner und seine Anhänger — soll die Straflosigkeit zurückgeführt werden. Dass die Behandlung der Nothstandsmaterie in der modernen Strafrechtsliteratur so wenig befriedigende Resultate ergibt, hängt mit der Verwirrung auf dem Gebiete der Rechtswidrigkeit, wie auf dem der Verantwortlichkeit innig zusammen. Ist doch die Behandlung des Nothstands bei einem Schriftsteller der Prüfstein für seine Strafrechtstheorie. Und gerade, weil eine Lösung des schwierigen Problems bisher nicht im entferntesten gefunden wurde, scheint es nicht zulässig, ein Argument, das einen so richtigen psychologischen

Gesichtspunkt enthält, wie das Kant'sche, a priori aus der Debatte zu weisen. Die Einwendungen, die man seit einem Jahrhundert gegen die Feuerbach'sche Theorie erhebt, sind des bekämpften Gegners zum grössten Theile durchaus unwürdig, und man thut gut, ihnen keinerlei Vertrauen zu schenken.

Nicht so präcise, wie Kant, drückt sich Klein aus (Grundsätze des peinlichen Rechts, 2. Aufl., § 132): „Es muss darauf Rücksicht genommen werden, ob nicht der Handelnde ohne seine Schuld in eine Gemüthsbewegung gerathen sey, welche keiner anderen Vorstellung Raum liess. Kann dies angenommen werden, so fällt alle Zurechnung zur Strafe hinweg, weil alsdann die Furcht vor derselben nicht wirken könnte."

Immer kommt es lediglich darauf an, ob der Gesetzgeber eine regelmässige Wirksamkeit der Norm erhoffen konnte. Nur an solche Menschen ergeht die Norm, deren psychische Disposition und deren Lage die Erwartung gerechtfertigt erscheinen lässt, dass sich die Norm regelmässig durchsetzen werde. Es kann sonach weder das Dasein eines menschlichen Willens schlechthin, noch auch die Thatsache, dass Jemand im allgemeinen tauglicher Befehlsempfänger ist, das Criterium dafür abgeben, ob eine Norm ergeht.

Es ist sonach unzutreffend, wenn man die Möglichkeit rechtswidriger Bethätigung nur den Thieren und leblosen Sachen, nicht aber den Wahnsinnigen abspricht, wie Merkel (Lehrbuch, S. 163) und v. A. thun, oder wenn Jhering (Schuldmoment, Verm. Schr., S. 160) bestreitet, dass man „durch Aufgabe des Momentes der Verschuldung bei der Fassung des Unrechtsbegriffes consequenterweise dahin gelangen müsse, auch Wind und Wetter als Subjecte des Unrechts gelten zu lassen", weil „das objective Unrecht zwar das Moment der Verschuldung, nicht aber das des menschlichen Willens ausschliesst."

Es ist nur folgerichtig, wenn Binding, Löffler, Hertz, v. Alberti und Tobler auch Thiere und Naturkräfte als Subjecte rechtswidriger Bethätigung anerkennen. Nur sollte man meinen, dass diese Schriftsteller an der Absurdität der Consequenzen, zu denen sie dadurch gedrängt wurden, hätten erkennen sollen, dass der Ausgangspunkt ihrer Lehre irrig ist.

Gelangt Binding, die „praktische Seite" betrachtend (Normen I, 301), zu der gewiss auch von ihm selbst verpönten Folge, dass man gegen sich selbst rechtswidrig handeln könne, so kann sich Löffler, wie Kohlrausch (Irrtum, S. 50) treffend bemerkt, der Consequenz nicht entziehen, dass ebenso wie der Mord auch „der Blitzschlag, der einen Menschen tötet oder ein Haus in Brand setzt, wie das

Beissen eines ausgebrochenen Löwen oder auch eines Flohes" rechtswidrig ist.

Nicht minder absurd ist die von Hertz (Unrecht, S. 105) gegebene juristische Construction der Perforation. Darnach befindet sich der Arzt in Nothwehr (!), weil das zu gebärende Kind einen rechtswidrigen (!) Angriff auf das Leben der Mutter unternimmt, einen Angriff, den der Arzt abwehren darf. Rechtswidrig ist nach Hertz (S. 95) eine „Verletzung, insoweit sie unter Rechtsschutz stehende Interessen trifft." Trotzdem Hertz auf derselben Seite seines Buches die „Relativität allen Rechtsschutzes" betont, übersieht er an dieser Stelle, dass die Interessen vom Rechte eben nur mit Rücksicht auf die Relationen, in denen der Interessenträger zu Anderen steht, geschützt sind. Worin besteht denn etwa der Schutz des Interesses des Angreifers, wenn der in Nothwehr Befindliche, bezw. ein Anderer ihn verletzen kann, ohne dass irgend eine Rechtsfolge einzutreten brauchte? Auch Hertz verschliesst sich, wie so manche andere Schriftsteller, die Augen dagegen, dass eine Abwehr gegen Angriffe von Kindern und Wahnsinnigen auch dann möglich und erlaubt sein kann, wenn man diese Angriffe nicht als rechtswidrig bezeichnet (S. 101). Muss denn die Reaction gegen diese Angriffe unbedingt Nothwehr sein? Oder muss der Gesetzgeber unbedingt im Rechte sein, wenn er unter einem „rechtswidrigen Angriff" auch einen unverschuldeten versteht?

Gerade dann zeigt sich die Unrichtigkeit zahlreicher Aufstellungen in der Lehre von der Rechtswidrigkeit, wenn man sie bis in ihre letzten logischen Consequenzen verfolgt. Lässt man den Geisteskranken rechtswidrig angreifen, so greift auch das Thier und die leblose Natur rechtswidrig an. Solche Schlussfolgerung kann nicht etwa durch den Hinweis verwehrt werden, dass das Recht „nur für die Menschen" da sei, denn Zurechnung setzt — wie Geib treffend bemerkt — „überall die Möglichkeit der Erreichung des Zwecks der Strafgesetze voraus" (Lehrbuch II, S. 57). Mit Recht sagt Stammler (Nothstand, S. 3), es „müsste natürlich ebenso, wie von der Nothwehr gegen Wahnsinnige etc. auch von einer solchen gegen Thiere gesprochen werden"; ferner v. Liszt (Deliktsobligationen, S. 87): „Ich habe betont, dass in der strafrechtlichen Literatur . . . . der nicht zurechnungsfähige Mensch mit dem Thier gleichgestellt wird, und dass der Streit sich nur darum dreht, ob in beiden Fällen Notwehr oder in beiden Fällen Notstand anzunehmen ist. Nur Merkel [Lehrbuch, 163] hat ohne jede Begründung die Unterscheidung aufgestellt"; endlich Hälschner (preuss. Strafr., Bd. II, S. 264): „Weil der Schaden, den die Naturmacht zufügt,

kein rechtswidriger ist, so ist der Kampf gegen die von ihr drohende Gefahr keine Notwehr und überhaupt juristisch ganz gleichgiltig . . . die Gefahr, die ein wahnsinniger Mensch, ein Hund, das Feuer mir droht, hat ganz dieselbe Bedeutung". (Richtig auch Hrehorowicz, Grundbegriffe, S. 351, Janka, Strafrecht, S. 109, Wach, G.S. 1873, S. 447 und Unger, Grünhut, Bd. VIII, S. 235). Olshausen durchbricht die Reihe, geht aber nicht vom Begriff der Rechtswidrigkeit, sondern, wie Binding an einer Stelle und andere Schriftsteller, vom Begriffe des Angriffes aus und hält überdies, gleich Anderen (siehe S. 303), solche Angriffe für rechtwidrig, „die der Angegriffene nicht von Rechtswegen über sich ergehen zu lassen braucht" (Commentar, § 53, Nr. 5 und 6). Die Bedenken Pfaff's wurden bereits oben S. 349 ff. gewürdigt.

## D. Die Vermengung der formellen und inhaltlichen Seite des Rechtes.

### § 31. Form und Inhalt.

§ 31. Form u. Inhalt

Wie sich ergeben hat, liegt der Vermengung juristischer und moralischer Vorstellungen eine Vermengung der formellen und der inhaltlichen Seite des Rechtes zu Grunde. In Bezug auf das Recht in abstracto hat sie zur Aufstellung eines autonom-moralischen Natur-, Vernunft-Rechtes und der transscendenten Rechtswidrigkeit geführt, hinsichtlich des Rechtes in concreto, der positiven Rechtsordnung, zur Aufstellung der moralischen Rechtswidrigkeit. Man brachte damit die Handlung, die man als rechtswidrig bezeichnete, in einen Zusammenhang mit der inhaltlichen Seite des Rechtes, indem man übersah, dass das Recht mit der Moral nicht in einem formellen Connex steht, dass es vielmehr, lediglich dem Inhalte seiner Normen nach betrachtet, moralische Elemente enthält, und dass der Inhalt der Norm bei der formalen Construction nicht zu berücksichtigen ist.

Stellt sich diese Vermengung der inhaltlichen und formellen Seite als eine Ineinssetzung der beiden Rechtstheile, des Rechtes in seiner Eigenschaft als einer objectiven und in seiner Gestalt als einer subjectiven Macht dar, so handelt es sich nunmehr um eine Vermengung, die sich ausschliesslich auf dem Boden des Rechtes als einer objectiven Macht abspielt. Es wurde bereits darauf verwiesen, dass auch dem Rechte als einer objectiven Macht begrifflich ein inhaltliches Moment eigen ist: das dem Rechtsbegriff wesentliche inhaltliche Merkmal ist die Function, die Interessen der zusammenlebenden Menschen zu schützen. Dieses inhaltliche Merkmal kommt aber, wie dargethan, eben nur für den Gesetzgeber, nicht aber für die lex lata in Betracht. Es ist daher, weil Recht begrifflich nur geltendes, positives Recht ist, von den formalen Begriffsmerkmalen scharf zu sondern. Die Bezeichnung einer Handlung als rechtswidrig enthält daher noch nicht die Aussage: sie ist interessenwidrig, sie läuft vielmehr dieser Aussage, die sich ihr associiert, parallel.

Rechtswidrig bezeichnet überhaupt niemals eine Eigenschaft eines äusseren Vorganges. Eine Handlung kann nie rechtswidrig

sein, ohne pflichtwidrig zu sein. Und nachdem das Recht als objective Macht ausschliesslich geistige Function im Verpflichteten ist, entspricht dem Begriffe der Rechtswidrigkeit kein anderer concreter Thatbestand, als dem der Pflichtwidrigkeit. Der reale Vorgang, der gegeben sein muss, damit man von Pflichtwidrigkeit sprechen kann, ist eine Willensbethätigung (Handlung oder Unterlassung), die darin wurzelt, dass ein vom Gesetzgeber zur Bekämpfung des nach Aeusserung ringenden Interesses des Widerstrebenden gegebenes Motiv durch individuelle Gegenmotive des Verpflichteten überwunden wurde. Die Rechtswidrigkeit ist, wie dargelegt, nur die Pflichtwidrigkeit, vom Standpunkte des durch die Handlung Betroffenen betrachtet: die psychische Macht des Berechtigten, die in der Function des Motives liegt, konnte sich nicht geltend machen.

Unter dem Gesichtswinkel des Rechtes im objectiven Sinne — im Gegensatz zum subjectiven Rechte —, also i. S. des Gesetzgebers betrachtet, erscheint die pflichtwidrige Handlung als normwidrig. Denn das Recht als reale Macht ist ein Complex von wirkenden Normen. Man muss sich jedoch hüten, in diese Beurtheilung der Handlung, solange es sich um rein formale Construction handelt, ein moralisches Pathos zu legen. Eine Handlung ist normwidrig heisst nichts, als: sie ist rechtlich missbilligt, der Gesetzgeber wollte sie nicht.

Der Bezeichnung einer Handlung als rechts-, bezw. pflichtwidrig liegt also ein ganz bestimmter Thatbestand in der empirischen Welt zu Grunde. Man könnte von einer Rechtswissenschaft gar nicht sprechen, wenn die Jurisprudenz mit Begriffen operierte, die eines realen Substrates ermangeln. Wissenschaft ist ja die Erklärung des Seienden, das sie, je nach ihrem Objecte, von einer bestimmten Seite betrachtet. Jeder ihrer Begriffe hat sein Abbild im menschlichen Leben. Die Behauptung, dass die Rechtswissenschaft mit realen Dingen nichts zu thun habe, ist nur insoferne richtig, als die Rechtsbegriffe nicht etwas Reales sind, das neben den Menschen und Dingen gegeben wäre, als sie ferner nicht Eigenschaften von Menschen, Sachen und Vorgängen bezeichnen, und als ihnen insbesondere nicht Dinge selbst entsprechen. Treffend sagt Jellinek (Staatslehre I, S. 145): „Ausser uns giebt es materielle Körper, aber keine Sachen im Rechtssinne, kein Eigentum, keinen Besitz. Die Sachen im Rechtssinne entstehen durch Abstraktionen aus den vom Rechte geregelten Beziehungen von Menschen zu Dingen der Aussenwelt und zu einander."

Da das Recht nur ein Inbegriff von Beziehungen zwischen Menschen und nur geistige Function in den Menschen ist, können

Vorgänge, die einer Beziehung zur Innerlichkeit von pflichtfähigen Personen entbehren, niemals Gegenstand rechtlicher Beurtheilung sein: nicht also äusserliche Verschiebungen im Raume, und nicht Bethätigungen der anorganischen Natur, der Thiere und der untauglichen Befehlsempfänger. Rechtswidrig ist nur das zurechenbare Eingreifen von Menschen in die Aussenwelt durch Handlung oder Unterlassung. Weder der sich nicht bethätigende Wille kann rechtswidrig sein, noch auch ein äusserer Vorgang, der nicht in der Psyche eines Menschen wurzelte. Man darf weder wie Bierling sagen: „Rechtswidrig ist daher schon der blosse Wille, der sich wider eine Rechtsnorm richtet, selbst wenn er zu keinem entsprechenden rechtswidrigen Thun führt" (Jur. Pr. I, S. 178.), noch auch, wie Hertz, (Unrecht, S. 13) „dass, wenn überall von einem objektiven Unrecht geredet werden dürfte, darunter höchstens nur eine rechtswidrige Verletzung unabhängig von ihrem Entstehungsprozess, zu begreifen wäre."

Die Uebertragung des Praedicates rechtswidrig auf empirische Vorgänge ohne gedankliche Ineinssetzung mit dem handelnden Subject ist allemal eine unzulässige Objectivierung; denn Berechtigtsein und Verpflichtetsein heisst lediglich: in einer Relation stehen. So wenig ein Rechts ohne Links denkbar ist, so wenig kann es eine Rechtswidrigkeit ohne Pflichtwidrigkeit geben.

Rechtswidrig ist daher nicht etwas Aeusseres, wie manchmal behauptet wird, sondern immer zugleich Aeusseres und Inneres. Gegen diesen Grundsatz verstossen z. B. Schaper (Holtzendorff-Hdb. S. 144 über den Angriff als Voraussetzung der Nothwehr): „Die Form des Auftretens muss die Rechtswidrigkeit dergestalt in sich enthalten, dass sie zur Annahme des Bevorstehens einer vorsätzlichen Verletzung unmittelbar führt." Ferner Schmidt (Arzt, S. 56): „Die verbotene Veränderung des fremden Körpers behielte, ganz wie die Tötung, ihre im Durchschnitt rechtswidrige Eigenart auch bei Einwilligung des Verletzten"; endlich Beling (Grundzüge, S. 17): „Die strafbare Handlung hat 2 Seiten: eine äussere, objective: Das Thun und die Rechtswidrigkeit, und eine innere: den Willen und die Schuld." Beling scheidet richtig das Thun und die Rechtswidrigkeit, bezeichnet aber die Rechtswidrigkeit doch als etwas „äusseres, objectives", das vom Willen ganz unabhängig steht.

Eine ähnliche Vermengung des thatsächlichen Vorganges mit der juristischen Seite enthält die Betonung des „practischen Momentes" im Rechte, die zur Behauptung rechtswidriger Bethätigung der leblosen Naturkräfte, der Thiere u. s. f., in der allgemeinen

Rechtslehre insbesondere zur Aufstellung einer „positiven" Seite des Eigenthumsrechtes führt.

Der Uebersicht halber sollen die hierhergehörigen zu bekämpfenden Lehren in 2 Gruppen gebracht werden, welchen beiden gemeinsam ist, dass sie die inhaltliche und formelle Seite des Rechtes vermengen. Sie unterscheiden sich dadurch, dass die erste Gruppe das Recht im objectiven Sinne als reale Einheit setzt, während im Bereiche der zweiten das subjective Recht, bezw. die Rechtswidrigkeit in das empirische Sein projiciert wird.

## § 32. I. Das objective Recht.

§ 32. Das objective Recht

In treffender Weise hat Merkel (Lehrbuch, S. 18f.) dargelegt, dass man von objectivem Rechte in zwei verschiedenen Bedeutungen spricht, indem man entweder die „spezifisch theoretische Natur" des Rechtes im Auge hat, so dass das Recht als ein Gedankensystem erscheint, oder indem man das Recht als Macht, als „eine Organisation sozialer Kräfte", betrachtet, als welche es „Beweggründe für unser praktisches Handeln abgibt". In der ersten Bedeutung genommen erscheint das Recht als das Resultat eines Denkprocesses, der von der Betrachtung des menschlichen Lebens ausgeht; danach stellt sich dieses theoretische Recht gegenüber dem lebendigen Rechte, das in der empirischen Welt in zeitlich und räumlich auseinanderliegenden Beziehungen, bezw. Motiven existent ist, als das logische Posterius dar. In seiner zweiten Bedeutung dagegen ist es als ein Complex von Normen, die in den empirischen Verlauf der Ereignisse einzugreifen bestimmt sind und in der That Machtäusserungen darstellen, als das logische Prius gegenüber den subjectiven Rechten und Pflichten zu betrachten. Wenn man in der Literatur bestreitet, dass eine Handlung das „objective Recht verletzt", erkennt man ganz richtig, dass etwas Gedachtes nicht Gegenstand einer Verletzung sein kann. Der Ausdruck: Verletzung des objectiven Rechtes ist aber vieldeutig. Als ein blosses Gedankenbild, als eine a posteriori construierte Einheit, ist das objective Recht so sicher nicht verletzbar, als die causale Verknüpfung empirischer Veränderungen mit der logischen Verknüpfung von Grund und Folge nicht identisch ist. Auch in seiner Gestalt als ein Complex von Normen ist das Recht nicht verletzbar. Denn das Recht ist, als Einheit genommen, immer ein Abstractum. Ja auch die einzelne Norm selbst, die eben den Theil der Summe bildet, welche das Denken zur Einheit zusammenfasst, ist nicht verletzbar, andernfalls der erste Diebstahl, der nach dem Inkrafttreten des neuen Strafgesetzes vorfällt, den Para-

graphen vernichten würde, der ihn verbietet. Der Dieb verletzt nicht die Norm, er handelt ihr bloss zuwider. Was man dabei als „Pflichtverletzung" bezeichnet, besteht lediglich darin, dass das vom Gesetzgeber eingeworfene Motiv abhaltende Kraft nicht hatte, weil es von individuellen Gegenmotiven des Verpflichteten überwunden wurde. Versteht man unter Verletzung des objectiven Rechtes, dass rechtswidriges Handeln eine „Schwächung des Ansehens der Normen und damit ebenso der ihnen zu Grunde liegenden Interessen" zur Folge hat (Liepmann, Einl. 193), dann ist allerdings eine psychologische Thatsache ganz zutreffend hervorgehoben. Eine begriffliche Bestimmung könnte darin aber nicht liegen; denn selbst wenn sich erweisen liesse, dass eine normwidrige Handlung im einzelnen Falle eine solche Folge nicht hatte, wäre sie gewiss nichtsdestoweniger normwidrig. Stellt man die Handlung in ein Verhältniss zum Recht in seiner Bedeutung als einer realen Macht, dann ist sie normwidrig schon insoferne zu nennen, als diese Macht im einzelnen Falle der Individualmacht weichen musste. Ob die Handlung der Rechtsmacht noch weiterhin, für die Zukunft, Abbruch thut, ist für den Begriff der Rechtswidrigkeit nicht entscheidend. Die Schmälerung des Ansehens der Normen ist Gegenstand der inhaltlichen Prädicierung der Handlung, nicht der formellen.

Die hervorgehobenen Unterscheidungen des objectiven Rechtes werden nicht berücksichtigt, wenn man kurz sagt: Rechtswidrig ist, was gegen das objective Recht verstösst. (Abegg, Lehrbuch, S. 158 f., Seeger, Abh., S. 455, neuestens Kitzinger, G.S., Bd. LV, S. 13: „Der Widerspruch mit der Rechtsordnung ist das unerlässliche, aber auch das einzige Begriffsmerkmal aller Rechtswidrigkeit.") Hiebei wird eben alles Mögliche als angeblich dem Rechte widersprechend hingestellt. Man täuscht sich eine Antwort vor, wenn man erklärt: Rechtswidrig ist, was wider das Recht, die Rechtsordnung ist, oder — indem man noch ein Bild hinzufügt — was die Rechtsordnung „verletzt". Es fragt sich eben erst: Was ist dem Rechte zuwider? Und solcher Frage gegenüber ist auf die psychologische Natur des Rechtes hinzuweisen, das eben nur als Motiv im Verpflichteten gegeben ist, und dem daher nur dieser zuwiderhandeln kann.

Es scheint freilich sehr plausibel und, eben weil es einfach ist, wahr zu sein: das Recht schützt die Interessen; also: was Interessen zuwiderläuft, ist wider das Recht, möge sich ein Mensch oder ein Thier oder die leblose Natur bethätigen. Ebensogut könnte man aber sagen: die (heteronome) Moral übt die Function, Interessen zu schützen; also handeln auch Thiere und Naturgewalten moralwidrig, wenn sie Leben und Eigenthum von Menschen verletzen.

Man spricht in der strafrechtlichen Literatur vielfach deshalb von Rechtswidrigkeit nur in der Bedeutung der Richtung wider das objective Recht, weil nicht alle Verbrechen — wenigstens nach der weitaus herrschenden Ansicht — einem subjectiven Rechte zuwiderlaufen, dagegen jedes Verbrechen normwidrig ist. Die Richtung gegen das objective Recht wird auch von manchen Schriftstellern, die das Verbrechen immer subjectiven Rechten widerstreiten lassen, als das Wesentliche im Verbrechensbegriffe erachtet. So wenig es aber einen systematischen Wert hat, jedem Verbrechen ein verletztes subjectives Recht einzelner Menschen gegenüberzustellen, so zwecklos ist es, jedem Verbrechen ein subjectives Recht des Staates — also das objective Recht in einer ganz eigenartigen Fassung — correspondieren zu lassen; man mag hiebei, wie Merkel, ein subjectives Recht des Staates auf Unterlassung der verbotenen, bezw. auf Vornahme der gebotenen Handlung, oder, wie Binding, ein Recht auf Botmässigkeit annehmen (Lehrbuch 172, bezw. Normen, I, 295, 425). Ein Wert kommt solcher Construction nicht zu, weil aus solchen „Rechten" nichts abgeleitet werden kann, und natürlich auch jeder privatrechtlichen Pflicht ein solches Recht gegenübergestellt werden müsste; und sie ist bedenklich, weil es sich eben fragt, ob der Staat solche Rechte überhaupt haben kann. Sieht man näher zu, so stellen diese Schriftsteller solche subjectiven Rechte in erster Linie deshalb auf, weil sie, als Anhänger der Theorie von der Zurechnung zum Character, das „Recht, zu strafen" auf andere Weise nicht plausibel machen können. Die Lehre: der Mensch haftet strafrechtlich für seinen Character, scheint auch diesen Schriftstellern nichts zu erklären, sondern eben des Beweises bedürftig. Und so einigen sich denn Merkel und Binding darin, dass sie das „Recht zu strafen" als ein „umgewandeltes Recht" auf Nichtbegehung des Verbrechens, bezw. auf Botmässigkeit bezeichnen. „Delikte — sagt Merkel, Lehrb. 171 f. — bringen Rechtsverhältnisse zwischen den Schuldigen und bestimmten Berechtigten hervor, kraft deren jene durch Strafe und in der Regel durch andere Nachteile getroffen werden sollen. Die Schuldigen sind hier Subjekte einer Rechtspflicht, diese Deliktsfolgen über sich ergehen zu lassen, bezw. zu verwirklichen. Ihr steht ein Rechtsanspruch auf diese Verwirklichung gegenüber." Also hätte etwa der Mörder die Pflicht, sich köpfen zu lassen? Merkel hält solcher Einwendung — characteristisch genug — entgegen: „man denke z. B. an die Zahlung einer Geldstrafe." Und wann, so fragt sich, wäre der Verbrecher verpflichtet zu dulden, wann zu „verwirklichen"? — „Der bezeichnete Rechtsanspruch — heisst es weiter — tritt an die Stelle desjenigen,

welchem das Delikt selbst widerstreitet." Dabei tritt aber in dem Rechte oft ein Wechsel ein: „So tritt z. B. bei Beleidigungen an die Stelle des Anspruchs der Einzelnen auf die Respektierung ihrer Ehre und des Staates auf die Befolgung des Verbotes der Beleidigungen ein bedingter staatlicher Anspruch . . und für die Regel ein Recht des Beleidigten . . ." Welch complicierte Constructionen! „Die korrespondirende Pflicht aber erscheint als die umgewandelte Pflicht zur Erfüllung jener primären Anforderungen und fällt unter den allgemeinen Gesichtspunkt, dass ein jeder handelnd und leidend die Bedingungen erfüllen soll, unter welchen sein Thun und Lassen mit den vom Rechte geschützten Interessen verträglich ist, und unter welchen dieses seine Herrschaft aufrecht zu erhalten und die ihm gestellte Aufgabe zu lösen vermag." Dieser Gesichtspunkt erscheint aber in keinem einzigen Gesetze aufgestellt. Er ist in Wahrheit weiter nichts, als der Kern der Merkel'schen Zurechnungslehre: Characterhaftung. Wie Merkel lässt auch Binding das Recht des Staates gegen den Verbrecher sich „verwandeln": „Das missachtete Recht auf Gehorsam verwandelt sich gegen den Ungehorsamen in ein Recht auf Zwang wegen Ungehorsams" (Normen I, S. 425). Nirgends aber findet sich in den Gesetzen ein Anhaltspunkt dafür, dass der Verbrecher verpflichtet wäre, die Strafe auf sich zu nehmen, Strafe zu „leisten." Die Flucht ins Ausland wird nicht bestraft, beim Verhöre braucht er nicht die Wahrheit zu sagen; ja wer ein Verbrechen begangen hat, wird gerade um deswillen als Zeuge nicht vernommen: man darf sich der Aussage entschlagen, wenn sie Schande und gerichtliche Verfolgung bringen kann. — Und so wenig sich eine einfache Rechtsbeziehung in eine andere „verwandeln" kann, so wenig kann die Androhung einer verhältnismässig geringfügigen Disciplinarstrafe Jemanden verpflichten, sich tödten zu lassen oder lebenslängliche Kerkerhaft zu „dulden." Es wäre empfehlenswert, von „Strafansprüchen", „Strafrechten", „Strafduldungs-", „Strafleistungspflichten" und dgl. nicht zu sprechen. Behauptet doch ein Schriftsteller sogar, dass der Strafanspruch des Staates nicht erlischt, wenn der Verbrecher stirbt (Beling, Grundzüge, S. 54): „Kein Straftilgungsgrund ist der Tod des Schuldigen . . er beseitigt zwar die faktische Möglichkeit der Bestrafung . . . ., aber nicht den Strafanspruch."

Die Tendenz, dem Verbrechen die Richtung nach dem objectiven Rechte zu geben, führte weiters zu der eigenartigen Lehre, dass sich das Criminaldelict vom Civilunrecht dadurch unterscheide, dass es sich gegen das objective Recht richte, während das Civilunrecht nur (!) das subjective Recht verletze. In Wahrheit aber laufen

beide wider das objective Recht. Und dies kann immer nur darin bestehen, dass eine Pflicht verletzt wird. Eine Normwidrigkeit ohne Pflichtwidrigkeit ist ebenso undenkbar, wie eine Pflichtwidrigkeit ohne Normwidrigkeit. Und was einem subjectiven Rechte widerstreitet, muss allemal dem objectiven widerstreiten. Der Gesetzgeber begründet ein Privatrecht nicht, wie Windscheid (Pandekten I, 131) annimmt, indem er sich der Norm zu Gunsten des Interessenträgers „entäussert"; die Norm verbleibt vielmehr dem Gesetzgeber, nur lautet sie nicht unbedingt, sondern: „Du sollst nicht wider, bezw. ohne den Willen des Berechtigten . . . ." Die Norm geht nie vom Interessenträger aus, sondern dieser wird dadurch zum Berechtigten, dass die Norm ihm zu dienen, sein Interesse zu schützen strebt. Wer gegen ein subjectives Privatrecht verstösst, handelt ebenso normwidrig, wie ein Verbrecher.

Das Urtheil: eine Handlung ist pflicht-, bezw. normwidrig, ist vermöge der Function des Rechtes, die Interessen zu schützen, immer nothwendig mit dem Urtheil verbunden: die Handlung widerstreitet einem Interesse. Nur ist das Delict eben begrifflich nicht Verletzung eines concreten, sondern eines abstracten Interesses. Man kann daher nicht sagen, ein Verbrechen verletze „nur" das Gesetz, es bestehe in einem blossen „Ungehorsam". Es gibt keinerlei reine Ungehorsamsdelicte. Da die Function des Interessenschutzes aber der inhaltlichen Seite des Rechtsbegriffes angehört, ist, wie betont, die Bestimmung: jedes Delict ist interessenwidrig, mit der Bestimmung, jedes Delict ist normwidrig, nicht zu identificieren. Es ist gewiss nicht falsch, wenn z. B. v. Lilienthal (ärztl. Handl. 24) sagt: „Für socialgefährlich oder — um diesen vielfach anstössigen Ausdruck zu vermeiden — für rechtswidrig kann der Staat die Vornahme bestimmter Handlungen sehr wohl erachten"; es empfiehlt sich aber nicht, das Wort rechtswidrig, das ausschliesslich einen Hinweis auf die formelle Seite der Handlung enthält, zur inhaltlichen Characterisierung zu verwenden. Und fast scheint es, als wäre der Ausdruck: socialgefährlich, an dessen Stelle man auch „interessenwidrig" setzen könnte, immerhin weniger anstössig, als der Ausdruck rechtswidrig. Gewiss hat er nicht so schwierige theoretische Controversen hervorgerufen, wie dieser.

Und wie es sich empfiehlt, die inhaltliche von der formellen Bestimmung zu sondern, so scheint es auch geboten, die verschiedenen formellen Prädicierungen: Pflicht-, bezw. Rechtswidrigkeit und Normwidrigkeit nicht zu vermengen; denn sie stellen verschiedene Betrachtungsweisen dar. Rechtswidrigkeit und Normwidrigkeit sind demnach zu scheiden. Damit aber verbleibt, wie bereits betont, dem Begriffe der Rechtswidrigkeit nicht mehr das Merkmal: wider das

objective Recht, sondern ausschliesslich: wider das subjective Recht. Für die allgemeine theoretische Betrachtung — aus der, wie dargethan, gemäss der Trennungsmethode diejenigen Verbrechen auszuscheiden haben, die nicht wider subjective Rechte laufen — ergeben sich drei formelle und drei inhaltliche Bestimmungen:

Die verbotene zurechenbare menschliche Handlung ist formell: pflichtwidrig (vom Standpunkt des Verpflichteten), rechtswidrig (vom Standpunkte des Berechtigten), normwidrig (vom Standpunkt des Gesetzes, des objectiven Rechtes); inhaltlich betrachtet ist sie: die Aeusserung eines rechtlich bekämpften Individualinteresses (vom Standpunkt des Verpflichteten), widerspricht sie einem rechtlich geschützten (objectiven, abstracten) Durchschnittsinteresse (vom Standpunkt des Berechtigten), läuft sie endlich dem Gemeinwillen, der sich in den Normen verkörpert, zuwider (Standpunkt des Gesetzgebers). Alle sechs Bestimmungen sind immer zusammengegeben; sie sind aber nicht identisch. Man sollte daher weder, wie z. B. Beling (Grundzüge, S. 10) „rechtswidrig" und „normwidrig" synonym verwenden, noch, wie Neuner (Privatrechtsverh. 198) Rechtswidrigkeit, Pflichtwidrigkeit und Normwidrigkeit trennen. Gewiss verletzen nicht alle Verbrechen subjective Rechte; deshalb sind aber die Verbrechen nicht nur und auch nicht „vorherrschend Gesetzverletzungen", sondern immer Pflichtverletzungen; und für die formale Construction gesellt sich zu jeder Pflichtwidrigkeit auch eine Rechtswidrigkeit.

Eben weil es nicht möglich ist, dass eine pflichtwidrige, bezw. rechtswidrige Handlung nicht normwidrig ist, kann man dem criminellen Unrecht das civile nicht in der Weise gegenüberstellen, dass das civile „nur" subjective Rechte verletze. Abgesehen davon, dass, wie betont, auch die subjectiven Privatrechte gesetzlich statuiert sind, scheitert die Auffassung bereits daran, dass es der Gesetzgeber stets in der Hand hat, Handlungen, die heute nur eine civilistische Rechtsfolge nach sich ziehen, morgen mit einer Strafdrohung auszustatten. Man kann doch nicht annehmen, dass die Norm erst entstehe, wenn zu der Ersatzdrohung die Strafdrohung hinzutritt.

Im Gefolge der Annahme, es gebe subjective Rechte des Staates auf Gehorsam, stellte sich die Meinung ein, es könne nur das civile Unrecht objectiv rechtswidrig sein, nicht aber das öffentliche Unrecht. Titze (Nothstandsrechte 6) begründet diese Ansicht damit, dass es „im Begriffe des Gehorsams" liege, dass er „nur schuldhafter Weise" verletzt werden könne. Aber abgesehen davon, dass man nie nur Gehorsam schuldet, sondern dass jede Pflicht eben darauf geht, dass man handle oder unterlasse, also ein Recht auf Gehorsam völlig überflüssig ist, da eben das Recht — wenn es besteht — auf

Handlung oder Unterlassung geht, ist es zweifellos, dass man, wenn man schon von Gehorsam gegenüber den Normen spricht, solchen Gehorsam auch den Privatrechtsvorschriften gegenüber annehmen muss. Das hat denn auch Luden (Hdb., Bd. I) zutreffend hervorgehoben. —

Zu den beiden Ansichten, nach deren einer objectiv rechtswidrige Handlungen nur gegen subjective Privatrechte gerichtet sein können, deren Verletzung, wie Titze (l. c. 5) meint, „als solche noch nicht verboten ist", nach deren anderer umgekehrt objectiv rechtswidrig gerade das ist, was sich gegen die „Objectivität des Rechtes", gegen die „Rechtsordnung" richtet, tritt eine weitere, nach welcher objectiv rechtswidrig ist, was objectiv wider das Recht ist, d. h. gegen das Recht verstösst, ohne dass Jemand subjectiv daran betheiligt zu sein brauchte. Diese objective Rechtswidrigkeit denkt man sich entweder gegen ein subjectives Recht oder gegen das objective Recht gerichtet. Die erstere Auffassung bildet den Gegenstand des nächsten Paragraphen („das subjective Recht"). Die letztere ist in diesem Capitel, das dem objectiven Rechte gewidmet ist, zu besprechen.

Manche Schriftsteller betrachten die Rechtsordnung als einen Zustand. Nach Oppenheim (Objekte, S. 184) kann das Wort Rechtsordnung in dreifachem Sinne verstanden werden: als gesetzgebende Macht, als Inbegriff der Normen und: „Rechtsordnung wird aber drittens auch als Zustand genommen und bedeutet dann den rechtlich geordneten Zustand der Dinge. Von der letzten Bedeutung ist auszugehen." Und Löffler (Z. XXI, S. 28 des S. A.) erklärt: „Unrecht ist alles, was mit dem Willen der Rechtsordnung in Widerspruch tritt; nicht nur die Verletzung ihrer Gebote und Verbote, sondern auch jede Gestaltung der äusseren Verhältnisse, die ihren »anerkennenden« Sätzen widerspricht."

Diese Zustände, „äusseren Verhältnisse", werden als rechtlich geschützt hingestellt, und rechtswidrig erscheint „alles", also Handlungen von Menschen sowohl, als Bethätigungen von Thieren und Naturkräften, die an den „dem Rechte entsprechenden Zuständen" etwas ändern, bezw. „dem Rechte nicht entsprechende Zustände" herbeiführen.

Kohlrausch (Irrtum 54 f.) hat die Löffler'schen Argumente trefflich widerlegt, indem er darauf verwies, dass Löffler die beiden Probleme der Rechtswidrigkeit von Zuständen und des schuldlosen Unrechts, ferner die Begriffe „Rechtsordnung" und „öffentliche Ordnung" vermengt, und dass man nicht sagen kann, dass die Verwaltungsbehörden als Organe der „Rechtsordnung" einschreiten,

wenn sie die Interessen der Menschen gegen die schädliche Wirkung von Naturkräften zu schützen suchen. Auch auf die absurden Consequenzen solcher Auffassung hat Kohlrausch verwiesen (S. 56): „Warum erhalte ich von der Verwaltungsbehörde nur Schutz gegen Hirsche und Raubtiere? Warum kann ich von dem Gendarm nicht einen Regenschirm fordern, wenn ich von einem Unwetter überrascht werde, das mein «Eigentum», meinen neuen Anzug zerstört? Man versuche während eines Gewitters in eine Polizeiwache unterzutreten und man wird günstigsten Falles eindringlich belehrt werden, dass es nur persönliche Liebenswürdigkeit der Beamten ist, wenn man nicht schleunigst wieder hinausgewiesen und den »rechtswidrigen« Naturkräften überantwortet wird."

Dass es anerkennende Rechtssätze nicht gebe, die neben den Rechtsnormen einherliefen, und gegen die gehandelt werden könnte, ohne dass dabei eine Norm übertreten würde, wurde bereits dargelegt. Eine Widerlegung der „Rechtswidrigkeit von Zuständen" wird im folgenden Abschnitte versucht werden.

Eine völlig vereinzelt stehende Auffassung über die Natur der Rechtsordnung offenbart Binding (Hb. I, S. 740). Obwohl er Nothwehr stets nur einem rechtswidrigen Angriff gegenüber platzgreifen lässt, anerkennt er doch auch eine „echte Notwer gegen rechtmässige Handlungen": „Sie setzt voraus, dass zwei Rechte einander widerstreiten. Dies ist aber nicht nur möglich beim Zusammenstoss zweier Rechtsordnungen, sondern denkbar auch bei der Rechtskollision innerhalb desselben Gemeinwesens. Der feindliche Soldat handelt nicht widerrechtlich, wenn er den unseren angreift, und doch besitzt dieser gegen ihn das Notwerrecht; denn unser Recht verpflichtet ihn nicht diesen Angriff zu ertragen." Abgesehen davon, dass Binding mit solcher Lehre in Widerspruch zu sich selbst geräth, da die Nothwehr doch unmöglich rechtmässigen Angriffen gegenüber platzgreifen kann, wenn sie begrifflich einen rechtswidrigen Angriff voraussetzt, dass ferner zwei Rechte einander gegenübergestellt werden, dass weiter auch an dieser Stelle die positive Function der Negation überschätzt, und endlich das Dürfen mit dem Rechte identificiert wird, ist hervorzuheben, dass dasjenige, was Binding an dieser Stelle Rechtsordnung nennt, nichts anderes als Gedankensystem ist. Es stellt sich als eine Verlegung von Vorstellungen in das Reale dar, wenn man in dem Gegenübertreten feindlicher Streitkräfte im Kriege einen „Zusammenstoss von Rechtsordnungen" erblickt. In Wahrheit kämpft Rechtsordnung so wenig gegen Rechtsordnung, als ein subjectives Recht gegen ein anderes. Nur Objectivierung, Uebertragung von Gedanken in das Sein, ver-

mag Abstractionen zu concretem Dasein zu verhelfen. Binding fällt hier der so häufigen Verwechslung von Denken und Sein zum Opfer.

## § 33. II. Das subjective Recht.

### 1. Recht und Interesse.

Seit Jherings Definition: Recht ist das rechtlich geschützte Interesse, hat man sich vielfach daran gewöhnt, Recht und Interesse zu identificieren und von Rechtswidrigkeit im Sinne von Interessenverletzung zu sprechen. Gegen solche Gleichsetzung erhebt sich, wie dargelegt, der Einwand, dass das Recht nicht das Interesse ist, sondern die Macht ist, die das Interesse schützt, dass der Interessenschutz der Zweck des Rechtes ist. Darnach ist Rechtswidrigkeit eine formale, Interessenwidrigkeit eine inhaltliche Bestimmung einer Handlung. Weil man übersah, dass nur Interessen an Handlungen von Menschen rechtlich geschützt sind, sprach man von Rechtswidrigkeit „unabhängig von der Entstehungsquelle." Und weil man zuweilen übersah, dass das Recht nicht concrete, sondern abstracte Interessen schützt, konnte man dort eine Rechtverletzung nicht erblicken, wo eine concrete Interessenverletzung nicht vorlag. Ein subjectives Recht, d. h. eine vom Rechte durch ein Gegenmotiv im Verpflichteten zugelegte psychische Macht ist auch dann gegeben, wenn in dem concreten Falle das Interesse, das geschützt werden soll, gar nicht vorhanden ist. So verletzt derjenige, der Jemanden auf eindringliches ernstes Verlangen tödtet, etwa einen Schwerverwundeten, der heftige Schmerzen leidet, ohne dass die Möglichkeit einer Heilung bestünde, wohl das subjective Recht, nicht aber das Interesse, das durch das Recht geschützt werden sollte. Denn es besteht ja gerade das entgegengesetzte Interesse. Strenge genommen ist der Ausdruck Rechtsverletzung ein nicht correcter, gleichwie das Wort Interessenverletzung vermieden werden soll. „Verletzt" wird höchstens — und das nicht immer — ein Gegenstand; dem Rechte und den Interessen wird nur „zuwidergehandelt." Zudem liegt Rechtswidrigkeit auch dann vor, wenn ein Interesse nicht „verletzt", sondern wenn es bloss gefährdet wird. Es wäre verwirrend, dieselbe Handlung ihrer Form nach als Verletzung, ihrem Inhalte nach als Gefährdung zu bezeichnen. Treffend sagt Schaper (l. c. 95): „Es muss wohl davon ausgegangen werden, dass in gewissem Umfange die Gefährdung der unter Strafschutz gestellten Güter bereits als Rechtsverletzung zu betrachten sei." Und da man Interessenwidrigkeit und Rechtswidrigkeit nicht verwechseln darf, und da die Rechtswidrigkeit, wie dargelegt, begrifflich immer zugleich subjectiv und objectiv ist, ist

es auch unzulässig, eine verschuldete Interessenverletzung als subjective, eine unverschuldete Interessenverletzung als objective Rechtswidrigkeit zu bezeichnen.

### 2. Recht und Gut.

Der Gedanke, dass sich das Recht im Gute verkörpert, den mit grösster Schärfe Hegel aussprach, indem sich nach ihm der Wille „in das Object legt", ist eine besonders ergiebige Quelle irriger Constructionen. Was gegen das „Gut" gerichtet ist, erscheint als rechtswidrig. „Das Wort «widerrechtlich» — sagt Linckelmann (Schadensersatzpflicht, S. 71) — bezieht sich ebenso wie das Wort «injuria» auf die Schadenszufügung, auf die Verletzung des Gegenstandes des Rechtes, nicht auf das Recht selbst." Selbstverständlich wird nicht das subjective Recht verletzt; denn das subjective Recht ist nicht ein körperliches Ding, an dem etwas äusserlich geändert werden könnte. Auch die Norm wird als solche nicht verletzt; „vielmehr das durch diese bestimmte concrete Lebensverhältniss oder der durch das Recht gesicherte Zustand kann gestört, verletzt, gefährdet werden" (Wahlberg, Individ., S. 126 f.).

Man muss sich jedoch hüten, aus einem Extrem in das andere zu fallen. Wenn Rechtswidrigkeit nicht die Verletzung eines Rechtes bedeutet, so braucht sie deshalb noch nicht die Aenderung einer Sache, eines körperlichen Gegenstandes bedeuten. Die Berufung darauf, dass das Recht deshalb nicht verletzt werde, weil das „subjective Recht, gerade wenn ihm nicht entsprochen wird, seiner vollen Rechtskraft bedarf, um sich durchzusetzen" (Binding, Normen I, S. 296), leidet ebenso, wie der specielle Hinweis auf das Eigenthumsrecht, an einer Ungenauigkeit. Wenn Löffler (Z. Bd. XXI, S. 548) sagt: „mein Eigenthumsrecht wird durch den Diebstahl nicht beeinträchtigt, es ist ja die Grundlage der rei vindicatio gegen den Dieb", so übersieht er ebenso wie Binding, dass die Rechtsbeziehung, die im Gefolge der pflichtwidrigen Bethätigung entsteht, eine andere ist, als die vorher bestand. Vor dem Diebstahl hat der Bedrohte ein Recht darauf, dass sich der Dieb der Wegnahme der Sache enthalte, also ein Recht auf eine Unterlassung; nach dem Diebstahl hat der Bestohlene ein Recht darauf, dass ihm der Dieb die Sache zurückerstatte, also ein Recht auf eine Handlung des Diebes. Wer die beiden Fälle schlechtweg identisch setzt, übersieht, dass nur die wirtschaftliche Beziehung des Eigenthümers zur Sache, das Interesse an der Sache, den beiden Rechtsbeziehungen zugrunde liegt, und dass diese eben ein bloss wirtschaftliches Element ist. Rechtliche Interessen sind jedoch nie Interessen an Sachen,

bezw., correct ausgedrückt, Interessen am Eintritt oder Nichteintritt von Ereignissen schlechthin, die die Existenz, bezw. Beschaffenheit einer Sache betreffen, sondern immer nur Interessen an Handlungen von Menschen. Es gibt also sehr wohl rechtswidrige Handlungen, die im Gefolge haben, dass ein Recht verschwindet, und dass ein anderes Recht an seine Stelle tritt. Darin liegt aber keineswegs eine „Verwandlung." Der reale Thatbestand, der hier vorliegt, besteht darin, dass, nachdem das Motiv im Verpflichteten nicht gewirkt hat, eine weitere Norm erlassen, ein anderes Motiv eingeworfen wird, und eventuell noch andere Personen als der bisher Verpfichtete, verpflichtet werden, z. B. staatliche Organe. An die Stelle der einen Beziehung, des einen Rechtes tritt eine andere Beziehung, ein anderes Recht. Die rechtswidrige Handlung hat aber nicht wesentlich solche Rechtsvernichtung und Rechtserzeugung im Gefolge. Soferne etwa der Diebstahl beim Versuche geblieben ist, wird an der Rechtsstellung des Bedrohten nichts geändert.

Rechtswidrigkeit ist also weder identisch mit Rechtsverletzung, noch mit Gutsverletzung. Zudem besteht ja häufig ein körperliches Gut gar nicht, das als Object einer Rechtsbeziehung in Betracht kommen könnte. Ob in letzter Linie eine körperliche Sache das Substrat eines rechtlichen Interesses bildet oder nicht, ist für das Recht völlig gleichgiltig. Es ist ganz verfehlt, dass man immer wieder von „rechtlich geschützten Gütern" spricht, dass man sagt, das Recht schütze „Interessen und Güter", oder: „Interessen oder Güter." Das Recht schützt nur Interessen, und zwar nicht Interessen an Gütern, sondern am Eintritt oder Nichteintritt von menschlichen Handlungen. Mittelbar mag ja der Rechtsschutz im Gefolge haben, dass Güter nicht verletzt oder vernichtet werden, die ohne Rechtsnormen beschädigt würden. Niemals aber schützt das Recht ein Gut an sich. Würde das Recht die Güter an sich schützen, so wäre es unerklärlich, wieso der Eigenthümer sein Gut nach Belieben beschädigen oder vernichten darf. Von „immateriellen Gütern" mag die Wirtschaftslehre und die Moralwissenschaft sprechen. Im Rechte davon zu sprechen, ist weder nothwendig, noch empfehlenswert. Gerade dadurch, dass man das Recht mit dem Interesse und das Interesse mit dem Gut identificierte, gelangte man zu der Vorstellung, das subjective Recht sei ein Ding, auf das causal eingewirkt werden könnte — eine Auffassung, die bereits bei Besprechung des dinglichen Rechtes angefochten wurde. Es ist nicht zulässig, die „rechtsverletzende" Handlung als die Ursache der Rechtswidrigkeit anzusehen. Treffend sagt v. Liszt (Lehrb. 140, Note 1): „Das Verbrechen ist rechts-

widrig, nicht aber bewirkt es eine Rechtswidrigkeit. Das ist ebenso sicher wie der Satz, dass die Begriffsmerkmale eines Gegenstandes nicht dessen Wirkungen sind" (vgl. auch Loening, Grundriss, S. 18 und Frank, Z. Bd. XX, S. 365). Man darf nie vergessen — und das übersieht Binding — dass Rechtswidrigkeit bloss eine Abstraction, ein Begriff ist, dem nur ein Platz im unräumlichen Gedankensystem, nicht aber in der körperlichen Welt zukommt.

Löffler scheint diese Thatsache geradezu zu leugnen (Z. Bd. XXI, S. 548): „Nun ist das Recht aber nicht eine so reine ideale, geistige Macht, die von den Thatsachen des realen Lebens abstrahieren könnte. Merkel scheint geradezu die Beeinträchtigung eines subjektiven Rechtes durch Naturgewalt für ausgeschlossen zu halten. Wenn aber ein Hund meine Wurst frisst, wenn das Wasser einer Ueberschwemmung meinen Zucker auflöst und fortträgt, endet da nicht mein Eigenthumsrecht?" Gewiss „endet" das Eigenthumsrecht! Aber nicht etwa, weil es der Hund zugleich mit der Wurst gefressen, das Wasser mit dem Zucker aufgelöst hat, sondern weil der Gegenstand, welcher als wirtschaftliches Gut das Substrat der Rechtsbeziehung gebildet hat, vernichtet ist. Vollends geht es nicht an, zu schliessen: Weil der Hund die Ursache dafür gesetzt hat, dass ich eines Rechtes verlustig wurde, handelte der Hund rechtswidrig. Denn auch, wer seine Wurst selbst isst, geht des Eigenthumsrechtes daran verlustig. Sollte deshalb das Essen rechtswidrig sein? Ja, nach Löfflers Theorie müsste man, wenn sie folgerichtig durchgeführt würde, Hungers sterben. Seine eigenen Sachen zu essen wäre rechtswidrig; fremde Sachen zu essen, ist natürlich nicht minder rechtswidrig; und da man an herrenlosen Sachen, die man sich in der Absicht, sie zu consumieren, aneignet, Eigenthum erwirbt, dürfte man überhaupt nichts essen. Denn man darf ja rechtswidrig nicht handeln. Oder sollte die zur Fristung des Lebens unumgänglich nothwendige Nahrungsaufnahme nichts als eine Kette von „entschuldigten" Handlungen sein?

Nicht geringe Verwirrung richtete der angeblich so wichtige Begriff Rechtsgut an, indem er, abgesehen von allem sonstigen Unheil, das er gestiftet hat, auch dazu verleitete, die Worte Rechtswidrigkeit und Rechtsgüterverletzung synonym zu gebrauchen, so dass man unter Rechtsgüterverletzung bald die Sachverletzung, bald die Rechtsverletzung verstand. Dieser schwankende Sprachgebrauch verführte auch zu der Lehre, dass jedes Verbrechen irgend einen materiellen, sinnenfälligen Erfolg nach sich ziehen müsse. Freilich ist es richtig, dass nur solche Bethätigung eines Menschen, die für

andere Menschen Bedeutung hat, zu einem Verbrechen gestempelt wird, und dass auf Menschen nur durch das Medium der Sinne eingewirkt werden kann. Dass aber etwa eine gesprochene Ehrenbeleidigung die Gehörsnerven des Beleidigten afficiert, ist für die rechtliche Beurtheilung vollständig gleichgiltig. Verbrechen als rechtswidrige Handlung ist nicht Muskelinnervation, Zertheilung von Luft oder Ursache eines psychophysiologischen Processes im „Verletzten", sondern ein unter dem Gesichtspunkte des Zweckes zu erfassendes Verhalten von Menschen.

In anderer Hinsicht verleitete gerade die in der Verwendung des Wortes Rechtsgut liegende Hereinziehung des Gutsbegriffes in das Recht, das Recht mit dem Objecte zu identificieren und ein dauerndes constantes Recht anzunehmen, dem stets zuwidergehandelt wird, welche Beziehungen zu Menschen immer gegeben seien. Die Phrase: „Rechtsgüterschutz durch Rechtsgüterverletzung" hat stets die Aufstellung von Schuld-, Strafausschliessungsgründen und dergl. veranlasst. (Wegen seiner besonderen Wichtigkeit wird der Begriff Rechtsgut im 2. Band einer eingehenden Erörterung unterzogen werden.)

### 3. Recht und Zustand.

Wer daran festhält, dass die Rechtsnormen lediglich bestimmt sind, empirische Veränderungen und zwar ausschliesslich Willensbethätigungen von Menschen zu regulieren, dem verbindet sich mit dem Begriffe der Rechtswidrigkeit die Vorstellung eines Flusses der Ereignisse. Nicht um ruhende Zustände kümmert sich das Recht, sondern ausschliesslich um Geschehnisse. Das Wollen oder Nichtwollen des Gesetzgebers ist immer nur ein Wollen oder Nichtwollen von Willensacten, denn das Recht ist nur geistige Function in dem Menschen, das Recht ist als objective Macht nichts als Motiv.

In der criminalistischen, wie in der privatrechtlichen Literatur wird nur zu oft von rechtswidrigen Zuständen gesprochen. (Hertz, Unrecht 9: Man braucht zur „Erklärung der Thatsache, dass das Recht ihm widersprechende Zustände auch da beseitigt, wo Niemand in Schuld ist, nicht auf die Beschaffenheit des Willens Bezug" nehmen; Hälschner, Strafr. I, 19: „schuldlose Behauptung eines Zustandes, eines thatsächlichen Verhältnisses als eines rechtlich begründeten wider das Recht, wenn ihm die rechtliche Begründung mangelt"; v. Tuhr, Notstand, S. 74, spricht unter Berufung auf Dernburg und Windscheid von einem „dem Recht widersprechenden Zustand"; auch viele neuere Schriftsteller; siehe oben S. 342.) Besonders viel

Anklang hat die scheinbar zwingende Darstellung Jherings (Schuldmoment, S. 160) gefunden: „Wie sollen wir denn den Zustand des gutgläubigen Besitzers einer fremden Sache bezeichnen? Ein rechtmässiger ist er nicht; also bleibt nichts übrig, als ihn einen unrechtmässigen zu nennen." Zu dieser Stelle bemerkt Binding (Normen, I, S. 247, Note 10): „Man beachte wohl, Jhering nennt den Zustand einen unrechtmässigen; wenn man diesen Sprachgebrauch festhalten will, so habe auch ich gar nichts dagegen. Ein unrechtmässiger Zustand ist ein Zustand, der dem Rechte nicht entspricht." Auf Jherings Frage gibt es nur eine Antwort: Man soll den Zustand juristisch gar nicht prädicieren. Es gibt keinen Zustand, den das Recht will oder nicht will. Das Recht kann immer nur zurechenbare Handlungen von Menschen wollen, bzw. nicht wollen.

Nur die ungeheure Ausdehnung, die man dem Worte Unrecht gab, ermöglichte die Behauptung, es gebe unrechtmässige Zustände. Man vergleiche die Definitionen des Unrechtes, die aufgestellt werden: Löffler (Z. Bd. XXI, S. 564): „Unrecht ist alles, was mit dem Willen der Rechtsordnung in Widerspruch tritt"; Kitzinger (G.S, Bd, LV, S. 15): „Unrecht ist alles, was . . . missbilligt ist"; Beling (Grundzüge, S. 2): „Rechtswidrig ist begrifflich alles, was contra jus ist." Und Binding erklärt in der 2. Auflage seiner „Normen", S. 298: „Unrecht oder Rechtswidrigkeit oder Rechtsverletzung nenne ich von jetzt alles einem subjectiven Rechte widerstreitende Verhalten und Geschehen." Dieselbe bedenkliche Art zu definieren findet sich auch beim Binding'schen Rechtsgut: Normen, Bd. I, 1. Aufl., S. 193: Rechtsgut ist alles, an dessen . . . ." und 2. Aufl., S. 353: „Rechtsgut ist alles, was . . . ." In diesem „Alles" — ein gefährliches Instrument! — steckt der Fehler.

In zwei verschiedenen Bedeutungen spricht man von rechtswidrigen Zuständen; man meint darunter entweder Zustände als Ergebnisse rechtswidriger Handlungen, oder Zustände, die rechtswidrig sind unbekümmert um die Art ihrer Entstehung. Im ersteren Falle schliesst man von der Rechtswidrigkeit der Handlung auf die Rechtswidrigkeit des durch sie herbeigeführten Zustandes, des Erfolges, im letzteren umgekehrt aus der Rechtswidrigkeit des Zustandes auf die des Ereignisses, das ihn nach sich zog.

### a) Der rechtswidrige Erfolg.

Gemäss der Adresse, an welche die Schriftsteller die Normen gerichtet sein liessen, und der daraus deducierten „rechtswidrigen" Bethätigungen ergibt sich auch eine entsprechende Zahl von rechtswidrigen Zuständen: solchen, die von Wahnsinnigen, Kindern und

Zurechnungsfähigen im Momente der Unzurechenbarkeit herbeigeführt wurden.

Abgesehen von der zu weiten Ausdehnung des Kreises rechtswidriger Handlungen und Erfolge ist es auch, strenge genommen, selbst dann nicht zulässig, von „rechtswidrigem Erfolg" zu sprechen, wenn die Handlung, die zu ihm geführt hat, thatsächlich rechtswidrig, also schuldhafte Handlung ist. „Erfolg" bedeutet entweder das Erfolgen der Handlung oder den Effect der Handlung. In der ersten Bedeutung wäre es — wenn auch vielleicht nicht sprachlich, so doch juristisch — ganz zutreffend, von rechtswidrigem Erfolg zu sprechen. Gerade aber in der strafrechtlichen Literatur wird als Erfolg gewöhnlich der herbeigeführte Zustand bezeichnet, und der Erfolg als Zustand der Handlung gegenübergestellt; (Z. B. Wach, G. S, 1873, S. 448; Lammasch, Handlung und Erfolg, S. 17, cit. aus S. A.; Binding, Normen, Bd. II, S. 123; M. E. Mayer, schuldh. Handlung: „V. v. r. E."). Ist es auch nicht unrichtig, von rechtswidrigem Erfolg im Sinne von: Erfolg einer rechtswidrigen Handlung zu sprechen, so ist die Ausdrucksweise doch besser zu vermeiden.

Gewiss verbietet das Recht die Handlung zu dem Zwecke, damit sie den Erfolg nicht herbeiführe; denn nicht um ihrer selbst willen wird die Handlung verboten. Desungeachtet ist der Erfolg selbst, an sich, nicht rechtswidrig. Nicht er, sondern die Handlung ist verboten. Das Recht kann den Erfolg nicht verbieten, da er die Handlung nicht zur einzigen Ursache hat: der Handelnde completiert nur die unendliche Zahl der Bedingungen, die zum Erfolg führen. Verboten ist also nur diese Completierung.

Und in der That ist dem Rechte der Erfolg an sich ganz gleichgiltig. Die Norm, die den Gaius zu tödten verbietet, besagt nicht: Gaius soll nicht sterben, und auch nicht: Gaius soll jetzt nicht und nicht an dieser oder jener Verletzung oder Krankheit sterben, sondern nur: der Tod des Gaius soll nicht durch zurechenbare Handlung herbeigeführt werden. Rechtswidrig ist stets die Handlung allein.

### b) Der rechtswidrige Zustand überhaupt.

Kann man schon bei Zuständen, die sich als Resultat rechtswidrigen Handelns darstellen, strenge genommen nicht sagen, dass sie rechtswidrig sind, so kann von einem Nichtwollen des Gesetzgebers umsoweniger gesprochen werden, wenn die Zustände durch Bethätigungen von Thieren und durch Elementarereignisse herbeigeführt werden.

Man spricht aber um deswillen von rechtswidrigen Zuständen, die das Recht „nicht will", weil das Recht, sobald gewisse Zustände vorliegen, Imperative erlässt, die diese „dem Rechte widersprechenden Zustände hinwegräumen" heissen (bes. Hertz, Unrecht, S. 9).

Hertz übersieht, dass die Hinwegräumung nur vermittelst Imperativen an Menschen, die jetzt eben handeln sollen, möglich ist, und dass sich ein Imperativ in der empirischen Welt ausschliesslich als Motiv darstellt. Das Motiv, das als Imperativ auftritt, ist, wie die Betrachtung der hypothetischen Natur des Rechtes ergibt, immer die Wirkung eines vorausgehenden Geschehens. Nur Veränderungen können bekanntlich im Causalnexus stehen, nicht ruhende Zustände. „Der Zusammenhang zwischen Thatbeständen und Rechtsfolgen muss der Kategorie der Kausalität unterliegen." (Sjögren, Jahrb. f. Dogm., Bd. XXXV., S. 349.) Nie ruft also der Zustand, sondern nur der Eintritt des Zustandes einen Imperativ wach; rechtswidrig könnte lediglich das zum Zustande führende Geschehen, nie der Zustand selbst sein.

Es ist auch unmöglich, aus einzelnen Normen auf die Rechtmässigkeit oder Unrechtmässigkeit eines Zustandes zu schliessen. Aus der Norm, die Gestohlenes zurückzugeben befiehlt, könnte geschlossen werden: der Zustand des Besitzes der Sache durch den Dieb ist rechtswidrig. Mit demselben Rechte könnte aus dem Verbote des Diebstahls an einen Dritten, der dem Dieb die Sache stehlen möchte, deduciert werden: der Zustand, dass der Dieb die Sache besitzt, ist rechtmässig: Das Gesetz wünscht ja seine Hinwegräumung nicht. — Wer beim Hazardspiel gewonnen hat, braucht die gewonnene Summe nicht zurückzustellen. Das Hazardspiel ist nach österreichischem Rechte verboten; der durch die rechtswidrige Handlung herbeigeführte Zustand wird aber nicht hinweggeräumt.

Ferner sei darauf hingewiesen, dass auch die Gesetze von widerrechtlichen Zuständen sprechen. Der „rechtswidrige Vermögensvortheil", von dem § 253 R.St.G.B. spricht, hat denn auch eine ganze Literatur hervorgerufen, die sich — natürlich fruchtlos — abmüht, diesen unmöglichen Begriff festzustellen.

In der That gibt es nur rechtswidrige Handlungen, nicht rechtswidrige Zustände, da das Recht wesentlich nur „als reale Willensmacht in die menschliche Willensbewegung eingreift" (Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 651, Note 1). Treffend hebt Kohlrausch (Irrtum, S. 53) hervor: „Die Frage nun, welcher Auffassung des Begriffes Rechtswidrigkeit man sich anzuschliessen hat, ob Rechtswidrigkeit Veränderung eines rechtlich gebilligten Zustandes oder rechtlich missbilligte Veränderung eines Zustandes ist, kann

wohl grundsätzlich nicht anders als im Sinne der zweiten Alternative entschieden werden."

Nur allzuwenig hat man Merkels Worte (Krim. Abh., I, S. 45) beachtet: „Irrungen aller Art in der Lehre vom Unrechte stammen daher, dass man das Recht mit den Rechtsobjekten, den Zuständen und Interessen, welchen unter Umständen der rechtliche Schutz verheissen ist . . . identifizierte."

### 4. Recht und äussere Handlung.

Als eine geistige Function übt das Recht nicht die Wirksamkeit, äussere Vorgänge, unabhängig von der Psyche des Menschen, hervorzurufen oder zu unterdrücken, es wirkt vielmehr ausschliesslich mittelbar auf die den Menschen umgebende Aussenwelt, indem es immer nur Motiv ist. Ist eine Handlung nur rechtswidrig, wenn und weil sie zugleich pflichtwidrig ist, so ist es, wie dargelegt, unmöglich, die Rechtswidrigkeit in eine subjective und eine objective Seite zu zerfällen. Vielmehr ist die Rechtswidrigkeit immer zugleich subjectiv und objectiv; sie ist niemals Attribut eines rein äusserlichen Vorganges. Es heisst die psychologische Natur des Rechtes verkennen, wenn man ein Geschehen objectiv rechtswidrig nennt, indem man von seinem Entstehungsprocess abstrahiert.

Es liegt nun nahe zu vermuthen, dass die Gegenüberstellung von subjectiver und objectiver Rechtswidrigkeit — von ihren verschiedenen anderen Bedeutungen abgesehen — in Anlehnung an die Zerfällung des Thatbestandes in einen subjectiven und objectiven erfolgt ist. Und in der That finden sich in der Literatur des Strafrechtes mehrere Stellen, welche deutlich zeigen, dass man die Begriffe Thatbestand und Rechtswidrigkeit miteinander confundierte. So heisst es bereits bei Stübel (Thatbestand, S. 6): „Zu dem allgemeinen Thatbestande der Verbrechen gehöret, dass jedes Verbrechen eine Rechtsverletzung . . . . in sich enthalte"; ferner bei Beling (Grundzüge, S. 9): „Unter dem Thatbestand ist zu verstehen die Bezeichnung derjenigen Rechtswidrigkeit, die von der betreffenden Strafdrohung getroffen werden soll"; bei Schmidt (Arzt, S. 17): „Das Strafgericht soll in Anwendung des Gesetzes bei der Einzelhandlung nur die Rechtswidrigkeit feststellen, d. h. es soll prüfen, ob eine Einzelthat unter das allgemeine Strafgesetz fällt oder nicht"; bei M. E. Mayer (schuldh. Handlung, S. 115): „Die That (d. h. Handlung und Erfolg) ist rechtswidrig, wenn alle gesetzlichen Merkmale in ihr verwirklicht sind, der Erfolg ist es, wenn er mit den objectiven Merkmalen eines Gesetzesparagraphen übereinstimmt". In allen diesen Stellen ist die Verwechslung offensichtig. Und wenn

v. Liszt (Lehrbuch, S. 182) sagt: „Irrige Annahme, dass die rechtswidrige Handlung nicht rechtswidrig sei", so bedeutet das nichts, als dass eine Handlung unrichtigerweise unter einen Thatbestand nicht subsumiert wurde. (In der 11. Aufl., S. 177 hiess es: „Dass die objectiv rechtswidrige Handlung nicht rechtswidrig sei".) Endlich ist auch das vielberufene „unbefangene Unrecht" Hegels nichts Anderes als der objective Thatbestand.

Und nunmehr klärt sich auch auf, warum manche Schriftsteller, die das objective Unrecht für das Strafrecht verwerfen, es auf dem Gebiete des Privatrechtes als gegeben annehmen. So fügte Binding, als er noch (Hdb. I, S. 159) erklärte: „Es giebt kein schuldloses, kein sog. objektives Unrecht", in Note 10 hinzu: „auch die Anhänger des sog. objektiven Unrechts sind mit dessen Gegnern darüber einverstanden, dass es kriminell nicht in Betracht kommt." In der That kommt es im Privatrecht im allgemeinen nur auf den objectiven Thatbestand an, während die Verhängung der Strafe immer Schuld voraussetzt. Der Wahnsinnige setzt den Thatbestand, an den die Civilrechtsfolge anknüpft, der Zurechnungsfähige allein den Thatbestand, an den die Strafe geknüpft ist.

Der Ausdruck: objectives Unrecht, der verwendet wird, wenn man das Civil- vom Criminaldelict abgrenzt, sollte durch das Wort „objectiver Thatbestand" ersetzt werden. So sagt v. Bar, Strafrechtstheorien, S. 338: „Das Civilunrecht stellt dar einen dem Rechte widersprechenden Zustand (!) ohne Rücksicht darauf, ob derselbe seinen Grund in einer der Moral widersprechenden Handlung hat oder nicht; das strafbare Unrecht ist eben eine besonders qualificierte der Moral widersprechende Handlung"; Wahlberg (Individ., S. 126): „Kinder und Wahnsinnige können objectives Unrecht bewirken, obgleich dasselbe diesen Rechtssubjecten nicht zugerechnet werden kann"; Liepmann (Einleitung, S. 17): „Das bürgerliche Unrecht braucht nicht Pflichtverletzung . . zu sein . . ., das Delikt ist .... ein zur Handlung und Schuld zurechenbares Unrecht"; M. E. Mayer (schuldh. Handlung, S. 3): „Das Schuldmoment hat für das strafbare Unrecht konstitutive, für das Civilrecht nur qualificierende Bedeutung." In allen diesen Stellen ist gemeint, dass die Constatierung des objectiven Thatbestandes genügt, damit Jemand civilrechtlich verurtheilt werde (auch Schollmeyer, vgl. oben S. 360).

Man hat in der Literatur ganz richtig erkannt, dass für das Gebiet des Strafrechts objectiver und subjectiver Thatbestand enge zusammengehören, Luden (Hdb., Bd. I, S. 335) erklärt: „welche beide nicht verschiedene Arten des Thatbestandes, sondern nur die beiden wesentlichen Bestandtheile sind." Nichts Anderes sagt

Heyssler (Civilunrecht, S. 7): „Beide Bestimmungen fordern sich, und nur durch menschliche That kann objectives Unrecht gesetzt, kann objectives Recht gebrochen werden“ und Wach (G.S. 1873, S. 448): „Ein objectives Unrecht ist nur anzunehmen, wenn Zurechenbarkeit vorliegt: wenn sich der Wille der Person als die Ursache des dem Rechte widersprechenden Zustandes darstellt.“ Damit ist eben ganz richtig — nur mit unzutreffenden Ausdrücken — das objective Unrecht verworfen. Nicht „objectives Unrecht“ setzt, wer in unzurechenbarer Weise beschädigt, wer für Handlungen haftet, die „ohne Verschulden“ zu einem Zustande führen, den das Recht „hinwegräumen will“, sondern einen objectiven Thatbestand. Wenn Jemand etwa behaupten wollte, in gewissen Fällen trete Haftung ohne Verschulden, weil die Handlung nur objectiv rechtswidrig sei, so wäre dies eine Erklärung: idem per idem. Es ist nichts als eine andere und zwar nicht zutreffende Ausdrucksweise, wenn man sagt: es gebe eine objective Rechtswidrigkeit, denn (!) es gibt eine Haftung ohne Verschulden. Haftung ohne Verschulden ist eben Haftung für eine nicht schuldhaften, also nicht rechtswidrigen Handlung. Die Handlung deshalb für objectiv rechtswidrig erklären, weil sie zu einer Haftung führt, heisst statt des Wortes Thatbestand das Wort Rechtswidrigkeit gebrauchen (vgl. oben S. 349 ff.)

Nunmehr erscheinen auch die „sog. Fälle der ausgeschlossenen Rechtswidrigkeit“ in einem hellen Lichte. Der Handelnde setzt nicht eine „Rechtswidrigkeit“, die entschuldigt wird, die durch eine „Gegennorm“ beseitigt wird u. dgl., sondern er setzt einen objectiven Thatbestand, der im Gesetze aufgeführt ist, ohne dass das Gesetz die Strafe daran knüpfen wollte. Von einem Schuldausschliessungsgrund kann nicht die Rede sein. Denn der Thatbestand wird vorsätzlich gesetzt (vom Henker, vom Arzt, vom Soldaten), und eine begründete „Schuld“ wird nicht ausgeschlossen. Weil der Gesetzgeber die Norm zu weit gefasst hat, scheint, rein äusserlich genommen, ein Verbrechen, eine rechtswidrige Handlung vorzuliegen. (Richtig Schaper, l. c. 137: „»Unrecht gegen Unrecht« könnte man versucht sein, als Formel der Nothwehr . . . hinzustellen. Allein auch hier handelt es sich lediglich um den Schutz von Gütern (!) durch solche Handlungen, welche den äusseren Schein des Unrechts an sich tragen, ohne solches zu sein.“) Da die Norm in Wahrheit nicht ergangen ist, weil der Gesetzgeber sie eben nicht ergehen lassen wollte, liegt die mit jeder Pflicht-, bezw. Rechtswidrigkeit nothwendig gegebene Normwidrigkeit nicht vor. Die Fälle sind in Wahrheit Fälle der ausgeschlossenen Norm und daher des ausgeschlossenen

Thatbestandes. Denn einen Thatbestand bildet eine Handlung nur insoferne, als an sie eine Norm anknüpft. Ohne solche Folge hätte die Bezeichnung Thatbestand keinerlei Sinn.

Dass der Thatbestand die logische Zerfällung in einen subjectiven und einen objectiven Thatbestand zulässt, hingegen die Rechtswidrigkeit solche Trennung nicht duldet, zeugt deutlich dafür, dass die beiden Begriffe nicht identisch sind und daher nicht verwechselt werden dürfen. Den Ausgangspunkt der Verwechslung dürfte, im Zusammenhange mit der objectivierenden Vorstellung des subjectiven Rechtes im Hegel'schen Sinne, die Lehre von den „dem Rechte widersprechenden Zuständen" gebildet haben, wie auch die citierten Stellen, in denen das Wort Zustand — auch „Sachbestand" — gebraucht wird, zeigen. (Theilweise verwechselte man auch — wie Stübel an der citierten Stelle — die Begriffe: allgemeiner Thatbestand und Begriffsmerkmale der Verbrechen.) Der Thatbestand ist richtigerweise nicht, wie der Worttheil „Bestand" glauben machen könnte, ein Zustand, sondern, wie der Worttheil „That" sagt, ein Geschehen, Veränderung eines Zustandes; freilich umfasst der Thatbestand auch eine Anzahl ruhender Antecedentien, wie Eigenschaften, bezw. Relationen von Personen und Sachen; niemals aber darf ein Geschehen fehlen. Die hypothetische Natur des Rechtes fordert bereits an sich, dass es sich im Bereiche des Rechtes um Veränderungen handelt. Denn das Recht ist seiner Natur nach geistige Function und erschöpft sich im Statuieren von Pflichten, wenn gewisse Vorgänge eintreten: Wenn — so. Nur Veränderungen stehen eben im Causalnexus.

Man kann daher den Thatbestand mit Kohlrausch (Irrtum, 59) als einen „Komplex von Vorgängen" bezeichnen; als solcher gehört er immer der realen Welt an. Rechtswidrigkeit dagegen ist eine Abstraction. Man darf sich an diesem Unterschiede nicht etwa dadurch irre machen lassen, dass auch der Begriff „Thatbestand" eine Abstraction ist. Denn der im einzelnen Falle vorliegende Thatbestand ist ein Theil des realen Geschehens, die im einzelnen Falle gegebene Rechtswidrigkeit dagegen, trotz der Concretisierung, eine Abstraction. Der Thatbestand ist das reale Substrat, das der Abstraction „Rechtswidrigkeit" zugrunde liegt. Rechtswidrigkeit und Thatbestand verhalten sich zu einander wie Form und Inhalt. Unter gewissen Umständen wird ein Thatbestand als rechtswidrig bezeichnet. Die Identificierung der Begriffe beruht also allemal auf einer Vermengung von Inhalt und Form.

Daher kann auch die Rechtswidrigkeit nie „Merkmal des Thatbestandes" sein. Sie ist nicht, wie Schaper, Schmidt

und Beling an den S. 372 citierten Stellen anzunehmen scheinen, Eigenschaft eines äusseren Vorganges. Auch Birkmeyer meint — und hiezu gesellt sich noch die schwierige Terminologie, die die Beschädigung oder Gefährdung von körperlichen Sachen als „Rechtsgüterverletzung oder -Gefährdung" bezeichnet —, dass zum objectiven Thatbestand nicht nur eine solche „Rechtsgüterverletzung oder -Gefährdung", sondern noch „Rechtswidrigkeit der Handlung" gehöre, „weil auch eineHandlung, welche in abstracto einen Angriff auf die Rechtsordnung enthält (wie die Tötung), in concreto durch eine Rechtsnorm erlaubt oder sogar geboten sein kann (wie die Tötung in Notwehr oder durch den Scharfrichter)" (Encykl. 1039, vergl. auch S. 1048). Gerade an solchen Constructionen erweist sich, zu welchen Schwierigkeiten es führt, wenn man, statt anzuerkennen, dass dem in Nothwehr Befindlichen die Wehre, dem Henker die Pflichterfüllung von vornherein nicht verboten ist, eine Norm annimmt. Sollte wirklich der Scharfrichter, wenn er seines Amtes waltet, die „Rechtsordnung abstract angreifen"? Steht er nicht vielmehr gerade in ihrem Dienst? Vollends kann man die Rechtswidrigkeit, die immer zugleich subjectiv und objectiv ist, nicht als Merkmal des objectiven Thatbestandes hinstellen.

Das vielerörterte Problem, ob die objective Rechtswidrigkeit Merkmal des Thatbestandes ist, krankt sonach schon an der Fragestellung. Folgerichtig müsste derjenige, der Thatbestand und Rechtswidrigkeit identificiert, die Frage für sinnlos erklären. Denn, ist die Rechtswidrigkeit mit dem Thatbestand identisch, so kann sie nicht ein Merkmal desselben bilden. Stooss hat daher von seinem Standpunkte aus ganz recht, wenn er erklärt (Schw. Z. X, 360): „Die Hauptfrage ist, ob die Rechtswidrigkeit der Handlung zum gesetzlichen Thatbestand gehöre. Ebensogut könnte man fragen, ob es zum Begriffe der verbotenen Handlung gehöre, verboten zu sein." Dass Stooss Thatbestand und Rechtswidrigkeit vielleicht nicht genügend scharf scheidet, geht auch daraus hervor, dass er die Lehre von der Rechtswidrigkeit der ärztlichen Handlungen damit zu widerlegen sucht, dass sie den Thatbestand nicht erfüllen; er bezeichnet die s. g. Fälle der ausgeschlossenen Rechtswidrigkeit als „Ausnahmen vom gesetzlichen Thatbestand" (S. 358). Und S. 360 heisst es: „Was bedeutet denn im Grunde die Rechtswidrigkeit des Verbrechens? Es wird damit lediglich zum Ausdruck gebracht, eine Handlung sei vom Gesetze als rechtswidrig erklärt oder sie verstosse gegen eine Anordnung des Gesetzes"; d. h. eben, sie erfülle einen gesetzlichen Thatbestand. In der That nun mag — es bleibe dies hier dahingestellt — die Operation, die ein Arzt

vornimmt, den Thatbestand des österr. Strafgesetzes nicht erfüllen. Wie aber, wenn sie den Thatbestand anderer Strafgesetze erfüllte? Und zweifellos wird auch Stooss zugeben, dass nach § 134 Ö.St.G.B. der Henker einen Mord begeht. Geradesowenig aber, als der Henker deshalb gestraft zu werden braucht, wenn und weil seine Handlung dem Wortlaute nach unter den Paragraphen eines Strafgesetzes fällt, so wenig braucht dessentwegen der Arzt gestraft zu werden. Dass auch Stooss der Auffassung, dass der Arzt rechtswidrig handelt, nicht ganz ferne steht — wenn er auch die Rechtswidrigkeit der ärztlichen Handlungen, gewiss sehr zutreffend, bestreitet — beweist, dass er den Rechtsgrund der Straflosigkeit in die Worte fasst: „Rechtsgüterschutz durch Rechtsgüterverletzung" (S. 369). Man kann nicht annehmen, dass Stooss mit „Rechtsgüterverletzung" eine inhaltliche Bestimmung geben will: denn er bestreitet ja gerade energisch, dass der Arzt verletzt: „Da jedoch die ärztliche Behandlung überhaupt keine Körperverletzung ist, so ist es begreiflich, dass eine Uebereinstimmung darüber, aus welchem Grunde sie eine rechtmässige Körperverletzung sei, nicht gelingen will" (Operationen 93). Liegt aber nicht eine inhaltliche Bestimmung in dem Worte — und Stooss erklärt in der That, Rechtsgut sei immer „Gut des Staates" (Schw. Z. X, 365) —, so kann der Ausdruck nur formell gemeint sein: Dann ist er aber nothwendig identisch mit: Rechtswidrigkeit. Und nur, wenn man die Handlung als rechtswidrig auffasst, ist man genöthigt, erst hervorzuheben, dass sie dem Schutz menschlicher Interessen dient; denn damit soll ja die Straflosigkeit dieser eigenthümlichen Art von Handlungen begründet werden, die zwar den Thatbestand nicht erfüllen sollen, aber trotzdem zur Suche nach besonderen Gründen der Straflosigkeit veranlassen.

Es erhebt sich sonach gegen die Auffassung, die Stooss vertritt, der Einwand: Es ist nicht nothwendig und es ist nicht genügend, dass man die Straflosigkeit der ärztlichen Handlungen damit erklärt, dass die ärztliche Handlung den Thatbestand des Gesetzes nicht erfülle; sondern es ist zu erklären, warum sie nicht zu strafen ist, obwohl der Arzt die Handlung setzt, die das Strafgesetz als eine verpönte anführt.

Die Stooss'schen und die hier gegebenen Ausführungen treffen einander darin, dass die sg. Fälle der ausgeschlossenen Rechtswidrigkeit als „Fälle des ausgeschlossenen Thatbestandes" bezeichnet werden. Nur zieht eben Stooss — wenigstens implicite — den Kreis der Normen weiter, indem er ausdrücklich hervorhebt: dass der Strafgesetzgeber ein Gut als Gattung unter Strafschutz stellt: „Die Gattung setzt sich jedoch aus der Gesamtheit der

Einzelerscheinungen zusammen" (Schw. Z. Bd. X, S. 352), und sonach gezwungen ist, Ausnahmen zu statuieren: „Ausnahmen vom gesetzlichen Thatbestand." (Schw. Z. X, 358, vgl. oben S. 293 f.) —

Wenn man schon die Rechtswidrigkeit in eine subjective und eine objective zerfällte, so hätte man die Frage, ob die Rechtswidrigkeit Merkmal des Thatbestandes sei, in der Weise stellen müssen:

a) Ist die „subjective Rechtswidrigkeit", d. h. das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit — in diesem Sinne wurde der Ausdruck ja gleichfalls gebraucht — Merkmal des subjectiven Thatbestandes?, und

b) Ist die „objective Rechtswidrigkeit" — man meint damit die Verletzung eines Rechtes unabhängig von der Innerlichkeit des Handelnden — Merkmal des objectiven Thatbestandes?

Mit der Verquickung der beiden Fragen verquickte man das Problem, ob zum Dolus das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit erforderlich sei, und die Frage, ob das Verbrechen immer einem subjectiven Recht zuwiderlaufe. In der That nun hat weniger die Theorie, als vielmehr der Wortlaut der Gesetze, die den Ausdruck rechtswidrig ebenso freigebig als in unklarer Weise verwenden, die Frage veranlasst, ob die Rechtswidrigkeit Thatbestandsmerkmal ist. Die Frage ist sichtlich bloss eine Frage de lege lata. Niemand zweifelt, dass das Verbrechen stets eine pflichtwidrige Handlung ist, und dass der Arzt, der seine Pflicht erfüllt, nicht pflichtwidrig handelt. Nur weil der Gesetzgeber das Wort rechtswidrig in den Thatbestand und zwar in den besonderen Thatbestand aufnimmt — der oft genug mit dem objectiven identificiert wird, was allerdings recht unzutreffend ist —, erhob sich die Frage, ob die Rechtswidrigkeit zum Thatbestand gehöre. Das Gesetz führt das Wort rechtswidrig in den Thatbestand ein, um diejenigen Fälle auszuscheiden, die nach dem Wortlaute des Gesetzes getroffen werden, ohne dass das Gesetz sie treffen wollte. Wenn es die Verletzung von Menschen verbietet, so will es dem Henker, dem Arzt, dem Militär u. s. f. die Ausübung der Berufspflicht nicht verbieten. Um nicht alle solchen Fälle, die es aus dem Thatbestande ausschliessen will, einzeln aufzuzählen, bedroht es kurz die „widerrechtliche" Tödtung mit Strafe. Dass die Gesetze hiebei nicht consequent vorgehen, hat Kohlrausch (Irrtum 77 ff.) für das deutsche St.G.B. ausführlich dargelegt: „Der Versuch, die Fälle der ausdrücklich hervorgehobenen und der nicht hervorgehobenen Rechtswidrigkeit auf einheitliche Principien zurückzuführen, kann somit vorläufig als gelungen nicht betrachtet werden." Dass auch das österr. St.G.B. nicht folgerichtig verfährt, erhellt schon daraus, dass nach § 134 der Henker, der Soldat im Kriege

u. s. f. gestraft werden müssten: denn nicht die „widerrechtliche", sondern die Tödtung schlechthin erscheint hier dem Wortlaute nach unter Strafe gestellt. Von besonderem Interesse ist, dass sich Stooss selbst, dessen Urtheil in gesetzestechnischen Fragen das grösste Gewicht zukommt, dahin äussert: „Es ist, wie ich aus eigener Erfahrung weiss, eine Frage technischer Zweckmässigkeit, ob das Wort rechtswidrig . . . . einem gesetzlichen Thatbestande beigefügt werde" (Schw. Z. X, 363). Die citierte Stelle will zunächst allerdings nur erklären, dass aus der Auszeichnung eines gesetzlichen Thatbestandes mit dem Worte rechtswidrig nicht geschlossen werden dürfe, dass die Setzung des Thatbestandes nur dann gestraft werden soll, wenn der Thäter das Bewusstsein hatte, rechtswidrig zu handeln. Ist aber einmal constatiert, dass der Legislator nicht von principiellen Gesichtspunkten ausgeht, wenn er das Wort rechtswidrig in einzelne Thatbestände aufnimmt, dann kann aus solcher Aufnahme überhaupt niemals ein allgemeiner Gesichtspunkt deduciert werden. Insbesondere kann dann nicht erschlossen werden, dass eine Strafe nur eintreten könne, wenn der Thäter ein Recht verletzt.

Die Frage: Ist die Rechtswidrigkeit ein Merkmal des Thatbestandes? sollte dazu führen, den Rechtsgrund der Straflosigkeit der Fälle des ausgeschlossenen Thatbestandes darzuthun. Es wurde ungefähr folgendermaassen argumentiert: Ist die Rechtswidrigkeit Merkmal des Thatbestandes, so sind diejenigen Handlungen, die nach dem Wortlaut des Gesetzes pönalisiert sind, dann und deshalb straflos, wenn und weil die Handlung nicht rechtswidrig ist. Der Arzt, der Soldat, der Henker verletzen kein Recht. Denn der Patient hat nicht ein „Recht" darauf, nicht behandelt zu werden, wenn er den Arzt beruft, er hat vielmehr ein Recht darauf, vom Arzte, der hiezu verpflichtet ist, ordnungsgemäss behandelt zu werden. Ebensowenig haben der feindliche Soldat und der verurtheilte Verbrecher ein Recht darauf, nicht getödtet zu werden. Und nun schloss man: Da ein Verbrechen immer rechtswidrig ist, diese Handlungen jedoch nicht rechtswidrig sind, sind sie nicht Verbrechen und daher nicht zu strafen.

In dieser Bedeutung gestellt hat die Frage einen guten Sinn. Nur die Art der Fragestellung ist unzutreffend. Sie müsste lauten: Gehört es zum Thatbestand eines Verbrechens, dass zwischen Thäter und Verletztem eine Rechtsbeziehung besteht, nach welcher der Thäter verpflichtet war, die Handlung zu unterlassen, und der Verletzte ein Recht darauf hatte, dass die Handlung unterbleibe? Und nunmehr könnte erklärt werden: Nachdem das Verbrechen begrifflich pflichtwidrige Handlung ist, begeht der Arzt, der Henker u. s. f.

kein Verbrechen; denn er ist ja nicht verpflichtet, die Handlung zu unterlassen; er ist im Gegentheil verpflichtet, den Thatbestand zu setzen. Nur scheinbar sind die Handlungen verboten, da sie einen gesetzlichen Thatbestand erfüllen. In Wahrheit ergieng eine Norm nicht; und es fehlt daher auch die jedem Verbrechen begrifflich eignende Normwidrigkeit.

So plausibel solche Argumentation erscheinen mag: der Rechtsgrund der Straflosigkeit der in Frage stehenden Handlungen ist damit nicht gegeben. Denn gerade, weil das Gesetz das Wort rechtswidrig nur einzelnen Thatbeständen hinzufügt, kann aus dem Gesetze nicht ersehen werden, in welchen Fällen die Norm als ergangen anzusehen ist und in welchen nicht. Lässt man das Wort rechtswidrig entscheiden, straft man also in denjenigen Fällen nicht, in denen das Gesetz eine „rechtswidrige" Handlung erfordert, so müsste man eine Strafe immer dann verhängen, wenn die Rechtswidrigkeit nicht erfordert ist. Es müsste also nach ö. St.G.B. der Henker und der Soldat gestraft werden. Lässt man dagegen das Wort rechtswidrig nicht entscheiden, so thut man dem Gesetze offenbar Zwang an; der Gesetzgeber verfolgt ja mit der Einführung des Wortes in manchen Thatbestand bestimmte Zwecke, die nicht gestatten, dass man das Wort einfach ignoriert. Die angegebene Argumentation erklärt also nichts. Denn es fragt sich eben: in welchen Fällen liegt eine solche Rechtsbeziehung vor und wann liegt sie nicht vor? Freilich ist eine Entscheidung aus dem Geist der Gesetze in den meisten Fällen leicht möglich. Man brauchte nur zu sagen: Es ist offenbar, dass das Strafgesetz die pflichtmässigen Handlungen der Aerzte, des Henkers u. s. f. nicht verbieten und nicht bestrafen will, und in der That werden diese Handlungen auch nicht bestraft. Soferne jedoch in solcher Folgerung eine juristisch-formale Erklärung liegen soll, würde sie nichts anderes besagen, als: das Strafgesetz verbiete nichts, was andere Gesetze erlauben — eine Begründung, die bereits (oben S. 334) als unzutreffend zurückzuweisen versucht wurde.

Die Frage nach dem Rechtsgrunde der Straflosigkeit der Handlungen des Arztes, des Henkers u. s. f. ist daher noch als eine offene anzusehen. Der 2. Band wird versuchen, eine Lösung zu finden; es wird hiebei auch erörtert werden, ob der Arzt den Thatbestand des § 152 ö. St.G.B. setzt.

Ebensowenig als die Erklärung, die Rechtswidrigkeit sei Merkmal des Thatbestandes, könnte also die Lehre, die Rechtsbeziehung sei Thatbestandsmerkmal, die Frage nach dem Rechtsgrunde der

Straflosigkeit der sog. Fälle der ausgeschlossenen Rechtswidrigkeit beantworten.

Indem man die Rechtswidrigkeit mit dem Thatbestand identificierte, begab man sich des Terminus, der dasjenige ausdrücken soll, was Rechtswidrigkeit eben in Wahrheit ist. Es blieb sonach nichts übrig, als dass man, wenn man von Rechtswidrigkeit im Gegensatz zum Thatbestande sprechen wollte, diese von der Rechtswidrigkeit, die eigentlich Thatbestand ist, in der Weise schied, dass man von zwei verschiedenen Arten von Rechtswidrigkeit sprach, die man als solche mit verschiedenen Adjectiven versah. So nennt z. B. Gf. zu Dohna (Busse, S. 61), indem er die These 4 formuliert: „Die materielle Rechtswidrigkeit ist faktische Voraussetzung, die formelle Rechtswidrigkeit ist logische Konsequenz der Verwirklichung der Deliktsmerkmale", den Thatbestand und zwar subjectiven und objectiven Thatbestand in ihrer Vereinigung: „materielle Rechtswidrigkeit", die eigentliche Rechtswidrigkeit aber: „formelle Rechtswidrigkeit". Sehr zutreffend wird aber an dieser Stelle Causalnexus und logische Verknüpfung auseinandergehalten.

Erscheint nach der Auffassung, die die Rechtswidrigkeit als Merkmal des Thatbestandes erklärt, der Begriff Thatbestand so weit gezogen, dass auch die Rechtswidrigkeit darin Platz findet, so dehnt Gf. Dohna den Begriff der Rechtswidrigkeit so weit aus, dass er auch den Thatbestand umfasst.

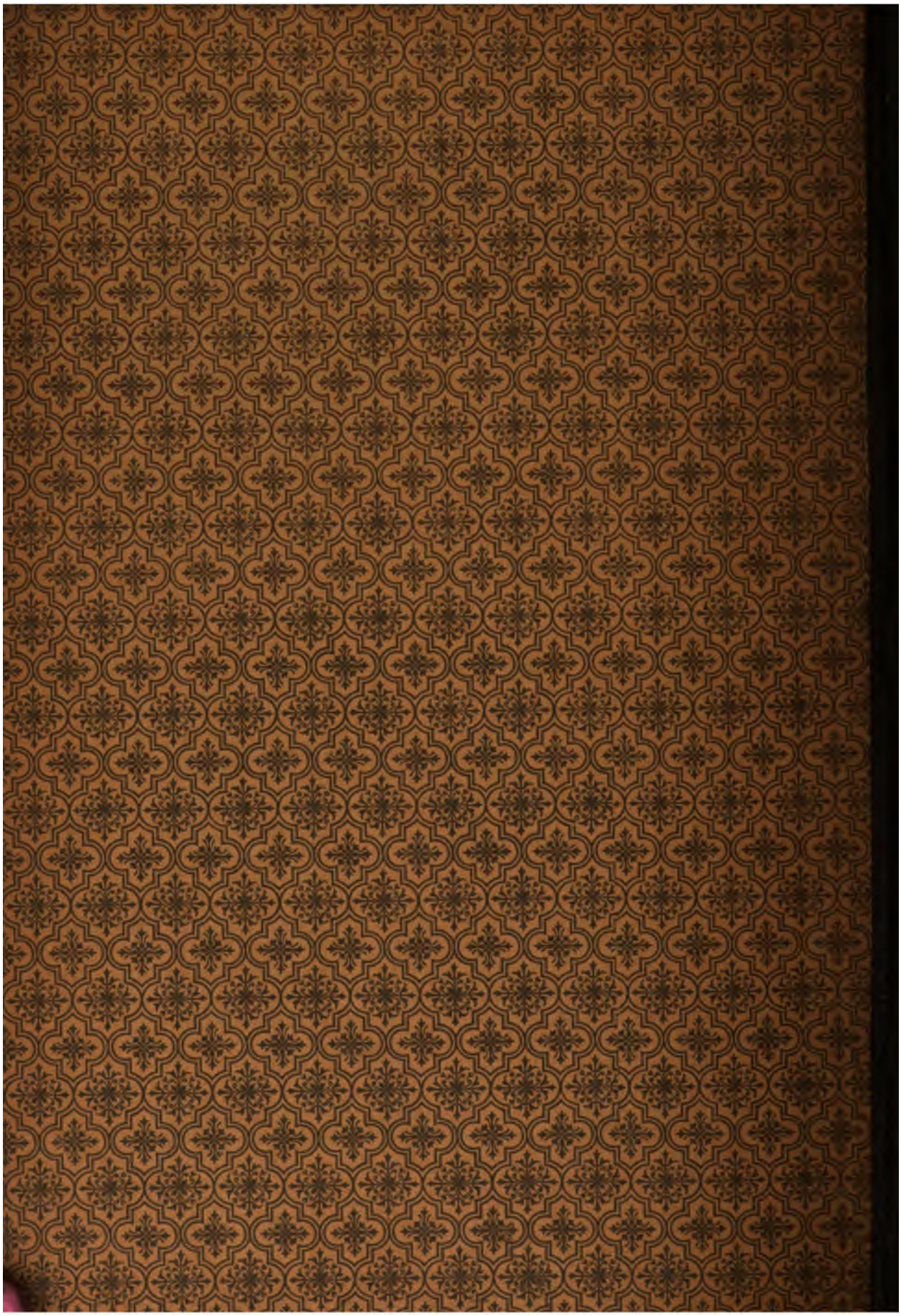
Eine Durchkreuzung beider Gesichtspunkte findet sich bei Zeiller, der auch eine materielle und eine formelle Rechtswidrigkeit, jedoch in wesentlich anderer Bedeutung, kennt. Zeiller identificiert die „materielle oder objective" Rechtswidrigkeit mit dem objectiven Thatbestand, die „formelle oder subjective" Rechtswidrigkeit mit dem subjectiven Thatbestand, indem er meint, man solle die Handlung eines Kindes oder Geisteskranken, die zu einer Schadenshaftung führt, als eine „widerrechtliche Handlung" bezeichnen, „denn die Handlung des physischen Beschädigers sei objectiv oder materiell immer (!) widerrechtlich, nur nicht formell oder subjectiv" (cit. bei Pfaff, Grünh., Bd. VIII, S. 703).

## Anhang.

Der Uebersicht halber möge es gestattet sein, die Bedeutungen, in denen das Wort „an sich", bezw. „objectiv" rechtswidrig (widerrechtlich, unrecht) in der Literatur verwendet wird, zusammenzustellen und mit je einem Beispiel zu belegen. Die in Klammern hinzugefügte Zahl verweist auf die Seite dieser Schrift, woselbst sich jeweils die Bedeutung ergeben hat.

An sich, bezw. objectiv rechtswidrig ist:

1. was abstract, wenn auch nicht concret wider das Strafgesetz verstösst: Das „straflose Verbrechen": Geib, Lehrbuch II, S. 221 (S. 298);
2. was „ohne Recht" geschieht: Merkel, Lehrbuch, S. 163 (S. 303);
3. was man sich „nicht gefallen zu lassen braucht": v. Kallina, Amtshandlungen, S. 53 (S. 303);
4. was moralisch-rechtswidrig ist: Geyer, Kl. Schriften, S. 312 (S. 315);
5. was wider das „natürliche Recht", bezw. das allgemeine „Rechtsprincip", verstösst: Schopenhauer, Welt I, 4. Buch, § 62 (S. 314);
6. was, ob verschuldet oder unverschuldet, wider das Privatrecht verstösst, weil und insoferne es eine Ersatzpflicht herbeiführt: Hälschner, gem. d. Strafrecht, I, S. 492 (S. 326):
7. was sich wider ein subjectives Recht richtet und daher eines „Ausschliessungsgrundes" bedarf, wenn es sich auch als Rechtsausübung darstellt: H. Meyer, Lehrbuch, S. 283 (S. 319);
8. was sich wider ein subjectives Recht als Ziel richtet: Binding, Hdb. I, S. 738 (S. 330);
9. wobei ein Dritter nicht Hilfe leisten darf, um des Verbotes dieser Hilfeleistung willen: Titze, Nothstandsrechte, S. 27 (S. 331);
10. was der Gesetzgeber „nicht will", da er den Zustand „gebessert" wissen will: Löffler, Z. Bd. XXI, S. 25 des S.A. (S. 379);
11. was formell wider das objective Recht verstösst, normwidrig ist: Beling, Grundzüge, S. 10 (S. 378);
12. was materiell wider das objective Recht verstösst, „socialgefährlich" ist: v. Lilienthal, ärztliche Handlung, S. 24 (S. 377);
13. was, rein innerlich, wider das Recht verstösst: Bierling, Jur. Pr. I, S. 178 (S. 372);
14. jede Handlung, die zu einer Verpflichtung des Handelnden führt: Windscheid, Pandekten II, 1003 (S. 341);

15. was sich wider ein Interesse richtet: Binding, Normen I, S. 301 (S. 362);
16. was sich wider ein Rechtsgut richtet und daher eines Ausschliessungsgrundes bedarf: van Calker, Befehl, S. 13 (S. 296);
17. alles, wogegen die Behörden einschreiten; Löffler, Z. Bd. XXI, S. 558 ff. (S. 379);
18. was den Untergang eines Rechtes bewirkt: Löffler, Z. Bd. XXI, S. 548 (S. 384);
19. was rein äusserlich, seiner Form nach, wider das Recht ist: Schmidt, Arzt, S. 56 (S. 372);
20. was zu einer Haftung ohne Verschulden führt: Pernice, Labeo, Bd. II, 1. Abh., S. 7, Note 1 (S. 351);
21. was nur objectiv, unverschuldet, nicht auch subjectiv wider das Recht ist: Liepmann, Einleitung, S. 17 (S. 390);
22. materielle Rechtswidrigkeit = objectiver und subjectiver Thatbestand: Gf. Dohna, Busse, S. 61 (S. 398). —

Ende des ersten Bandes.